

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

**LE CONTROLE JUDICIAIRE
DE LA
PUISSANCE PATERNELLE
SUR LA PERSONNE DES ENFANTS
PENDANT LE MARIAGE**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 13 juin 1934, à 14 heures

PAR

Paul TERRIN

Juge au Tribunal civil de Marseille

Président : M. G. RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. MAUNIER, professeur
LÉPARGNEUR, professeur*

MARSEILLE
IMPRIMERIE SAINT-LAZARE
44, Cours Gouffé, 44

1934

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**LE CONTROLE JUDICIAIRE
DE LA
PUISSANCE PATERNELLE
SUR LA PERSONNE DES ENFANTS
PENDANT LE MARIAGE**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 13 juin 1934, à 14 heures

PAR

Paul TERRIN

Juge au Tribunal civil de Marseille

Président : M. G. RIPERT, professeur

Suffragants : { *MM. MAUNIER, professeur*
LÉPARGNEUR, professeur

MARSEILLE
IMPRIMERIE SAINT-LAZARE
44, Cours Gouffé, 44

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MEMOIRE DE MON PERE

A MA MERE — A MON FRERE

Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle

Sur la personne des enfants pendant le mariage

Préface

Nous n'avons pas le dessein d'entreprendre dans ces modestes pages, une étude sur la Puissance Paternelle en général, et, pas davantage un traité sur la déchéance, institution légale où le rôle de la Justice est dûment prévu et réglementé. Nous aurons, certes, chemin faisant, l'occasion d'en parler, mais ce sera uniquement pour éclairer notre route.

Notre véritable but c'est d'analyser cette *pratique* voisine de la déchéance, avec laquelle elle est parfois malencontreusement confondue et que l'on nomme le contrôle des Tribunaux sur l'exercice des Puissances familiales. Il s'agit là d'une création purement jurisprudentielle, *extra-légale*, qui s'est développée d'une façon originale dans notre droit contemporain, parallèlement à la déchéance, sous la pression des nécessités sociales.

Le Juge s'arroge dans notre hypothèse, le pouvoir de suppléer les textes, voire de les corriger, comme le magistrat romain ; mais dans quels cas, dans quelles limites, sur quel fondement ? Telles sont les questions que nous nous poserons.

Nous ne nous occuperons, dans le principe, que de l'intervention de la Justice dans l'exercice des droits concernant l'enfant légitime, hors les cas de séparation de corps ou de divorce. Dans ces dernières éventualités, comme lorsqu'il s'agit d'enfants naturels, la loi elle-même, confère aux Tribunaux une sorte de haute tutelle sur le mineur plus exposé à l'abandon matériel ou moral.

Par ailleurs, nous ne perdrons pas de vue que la théorie jurisprudentielle s'est édifiée spécialement pour réprimer les abus commis dans l'exercice des droits sur la personne du mineur. La suivant sur ce point, nous ne parlerons qu'incidemment des droits sur les biens qui n'intéressent que d'assez loin le contrôle judiciaire proprement dit.

Dans une *Introduction Générale*, et en quelque sorte thématique, nous exposerons à grands traits les caractères dominants de la Puissance Paternelle dans nos Codes, ce qui nous servira, si nous osons dire, de point de repère.

Puis, nous montrerons comment les Tribunaux ont été amenés à instituer le contrôle des Puissances familiales, quels ont été les retentissements législatifs de cette jurisprudence hardie et pour quelles raisons elle a survécu aux lois sur la déchéance.

Abordant ensuite le fond du sujet, nous étudierons en *deux chapitres* les divers genres de conflits qui sont susceptibles de déclencher l'intervention des Tribunaux.

Dans notre *premier chapitre*, nous analyserons en autant de *sections*, les conflits possibles entre les *trois sortes de personnes investies* de la Puissance Paternelle: père et mère, parents et adoptants (conflit portant, dans ce cas, sur le contenu des droits transférés légalement des uns aux autres), parents et Assistance Publique.

Le chapitre deuxième, consacré aux conflits entre *personnes investies et personnes non investies*, traitera des prérogatives des *ascendants* dans une *première section*, et dans une *deuxième section*, des droits auxquels peuvent prétendre certaines catégories de *personnes ayant une autorité* sur l'enfant ou un *lien* avec lui, *l'enfant personnellement*, enfin le *Ministère Public*.

Un *troisième et dernier chapitre* tentera de poser le problème théorique du *fondement juridique* du pouvoir ainsi reconnu aux Tribunaux.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. — CARACTERES DE LA PUISSANCE PATERNELLE DANS LE CODE CIVIL

Le Code civil consacre à la Puissance Paternelle le titre IX du livre 1^{er}, soit 17 articles (371 à 388), plus quelques dispositions disséminées au cours de ce livre, telles que, par exemple, le droit de consentir au mariage (art. 148 et suivants), à l'adoption (art. 348), à l'émancipation (art. 477). Mais il est remarquable que toute cette réglementation vise essentiellement les *droits* du père, dont les *devoirs*, pourtant également certains, sont à peu près complètement passés sous silence : C'est ainsi que le droit de correction fait l'objet de 8 articles (375 à 383), alors que le devoir primordial d'instruction est inconnu du Code. Il ne sera organisé que bien plus tard, par la loi du 28 mars 1882, et d'une manière aussi peu effective que possible d'ailleurs. Même mutisme, au titre IX, en ce qui concerne l'éducation : l'obligation pour les parents de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, est inscrite en passant dans l'art. 203. C'est l'art. 374 qui, sous une formule détournée (le droit de garde) contient en fait l'abrégé des devoirs paternels. On conviendra que c'est peu, et l'on pourrait même légitimement se demander si les auteurs de nos Codes avaient vraiment bien compris « l'importance du milieu social et de la nature spécifique permanente de l'homme » (1), devant une carence aussi fâcheuse et dont les nécessités de la pratique n'allaient pas tarder à manifester les regrettables effets.

(1) E. Seillière, à propos des ouvrages de M. Bonnetas sur le *Romanisme Juridique* : *Journal des Débats* du 16 juillet 1933.

A notre avis, le Code civil fut bien davantage inspiré par le désir de rechercher une confortation de l'ordre public gravement compromis par 10 années d'incertitudes politiques et de troubles sociaux : élever une barrière devant la Révolution, restaurer les valeurs admises sous l'Ancien Régime, en se trouvant presque, de ce point de vue, en opposition avec les principes de 1889, et finalement se soucier assez peu des droits de la personne humaine *proclamés* mais non *réalisés* dans la Déclaration des Droits, ainsi que le remarquait M. le doyen G. Morin, lors d'une communication à la Société d'Etudes Philosophiques de Marseille (1), voilà les idées dominantes en ce début du xix^e siècle.

Bonaparte préconisait alors des formules d'organisation, la concentration de l'autorité dans l'Etat centralisé, cristallisant à n'en pas douter, les aspirations secrètes et profondes des classes moyennes françaises. Qu'y a-t-il d'extraordinaire à ce que les juristes de 1803, hommes d'autrefois, se soient, sous un tel patronage, bien plus préoccupés de renforcer les pouvoirs du chef de famille que de le ployer positivement à des devoirs, du moins en ce qui concerne la personne de l'enfant ?

*
**

Le Premier Consul prend deux fois la parole au Conseil d'Etat pour demander qu'on organise systématiquement la Puissance Paternelle : Maléville, champion de ce Droit Romain, qui se perpétuait alors dans les provinces du Midi, et dont les grands souvenirs achèvent d'agoniser aujourd'hui dans les Facultés, désirait qu'on donnât un grand ressort à l'autorité paternelle (2). Mais, si forte qu'ait été encore l'emprise des Institutes et du Digeste, ces œuvres douairières (pour reprendre un mot d'A. Thibaudet), il ne pouvait être

(1) 30 Nov. 1928. — Etudes Philosophiques de juin 1929. V. également l'article de M. Morin sur l'*Abus des Droits* in *Revue de métaphysique et de morale*, 1929, p. 267. Comparer la sobriété du Code en ce qui concerne la Puissance paternelle et la sollicitude tant de fois signalée qu'il marque à la propriété foncière : La matière des servitudes fait l'objet de 74 articles, 637 à 711.

(2) Dalloz, J.G., V^o Puiss. Pat., n^o 10.

question de revenir à la *patria protestas* : une longue tradition coutumière s'était trop fortement enracinée en France, pour que tout naturellement les auteurs du Code n'aient pas songé à la maintenir. Berlier fit triompher à peu de choses près le régime de nos vieilles lois (1).

« La Puissance Paternelle, dit Réal, dans l'exposé des motifs, est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. » (2).

(1) Alors qu'à Rome le chef de famille était le maître, en France il a toujours été père (Dalloz, J. G., verb. cit. n° 2). Si les pays de droit écrit avaient conservé au moins dans son aspect général l'ancienne *patria potestas* romaine (Planiol et Ripert, Tr. élém. I, n° 1637) de telle sorte que la mère ne l'exerçait jamais et que le fils y restait toute sa vie soumis, les mœurs en avaient singulièrement atténué les rigueurs écrites (v. sur ces points l'intéressant ouvrage de M. de Ribbe : *La Société provençale à la fin du Moyen Age*, p. 137). En pays de coutumes, au lieu de voir dans la Société une « énorme ruche qui s'accroîtrait toujours sans essaimer » suivant le mot pittoresque de M. R. Grand dans son *Cours d'Hist. du Droit Civil et du Droit Canon*, à l'Ecole des Chartes, nous assistons « à l'envol périodique des essaims ». La famille devient une association destinée à jouir du bien commun ; l'enfant doit être protégé. Sous l'influence des idées chrétiennes se développe une autorité paternelle à fondement de tendresse respectueuse ; le père et la mère s'unissent pour assurer à l'enfant l'aide dont il a besoin. La loi laisse prudemment aux mœurs le soin de réglementer par l'usage le pouvoir domestique dont les caractères ont tellement évolué que Loysel pouvait dire dans ses *Institutes Coutumières* (n° 55) qu'en France « puissance paternelle n'a lieu ». Le père ne dispose en somme dans *l'intérêt de l'enfant*, que d'un pouvoir temporaire guère plus étendu que celui d'un tuteur sur son pupille. (Denizart, t. VI, Puiss. Pat., n° 1). Voir sur toutes ces questions historiques spécialement :

Girard et Senn, *Dt Romain*, 8^e éd., p. 147 et ss.

Petit, *Dt Romain*, 9^e éd., n° 83 et ss.

Brissaud, *Cours d'hist. générale...*, La Puissance paternelle.

Le cours précité de M. R. Grand.

L'excellente thèse de Planteau du Maroussem : *Le Contrôle de la Justice sur les droits paternels de correction et d'éducation*. Paris 1887, p. 117 et ss.

Les rapports au Corps législatif et au Tribunal de Réal et Vesin, ainsi que le discours d'Albisson à la J. G. Dalloz, verbo cit.

(2) V. Dalloz, J. G., Verbo cit.

On fit pourtant une concession aux Romanistes, une concession de forme qu'il dûrent apprécier : l'intitulé du titre leur donnait satisfaction, aussitôt démenti par la rédaction des articles 372 et 373 (1).

Cependant, en raison de ces tendances contradictoires, des incertitudes, des hésitations se font jour : Tronchet, au Conseil d'Etat, proclame que l'enfant n'appartient qu'au père ; Cambacérès pose en vain la question : « Quelles seront les conséquences de la puissance maternelle que nous établissons ? » (dans les articles 371 et 372) (2).

Maléville et Reynier acceptent, sur la demande de Bonaparte, le contrôle de la Justice, en une sorte de rappel des dispositions contenues dans la loi du 16-24 août 1790 : Il s'agissait de savoir si l'enfant parvenu à l'âge de raison, peut se pourvoir contre son père, et demander à être mieux éduqué. L'assemblée ajourne la discussion qui ne lui paraît revêtir aucun intérêt général (3). Au contraire, l'article 371, généralement considéré aujourd'hui comme édictant un simple précepte de morale (4), l'est à ce moment par tous les auteurs, comme pouvant servir de « point d'appui » pour les juges, à l'encontre de l'enfant évidemment (5), si bien que Demolombe éprouvera la nécessité d'expliquer le sens et de limiter la portée de cette expression, lorsqu'il discutera de l'utilité du contrôle judiciaire (6).

En définitive, le Code Napoléon ne contient, hors le cas de divorce ou séparation de corps (art. 267 et 302), aucune disposition concernant le contrôle ou la déchéance des droits paternels de garde et d'éducation. La Puissance Paternelle ne s'éteint *normalement*, durant le mariage, que par la majorité de l'enfant, ou par son émancipation expresse ou tacite.

Il n'est même pas prévu une disposition analogue à celle de l'art. 444 visant la destitution du tuteur pour incapacité,

(1) V. Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 1.640 et 1.641.

(2) V. Plarreau du Maroussem, op. cit., p. 178.

(3) Locré, leg. civ., t. VII, p. 11 et 20. Fenet, t. X, p. 485.

(4) Planiol et Ripert, I, n° 1.644.

(5) V. Locré, leg. civ., t. VII, p. 28 et Dalloz, J. G., Verb. cit. n° 20.

(6) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, VI, n° 277.

infidélité ou inconduite. Cette intangibilité, survivance romaine dont la pratique n'allait pas manquer de souligner le caractère excessif, peut sans doute s'expliquer par les incertitudes dont nous parlions tout à l'heure ; peut-être aussi, après tout, nos premiers législateurs eurent-ils le désir de ne pas proposer de règles positives trop strictes à une matière régie davantage par les mœurs que par les lois, en se rappelant le fameux *plus valent boni mores quam bonæ leges* de Tacite. Nous verrons plus loin que de tout temps, lois et traditions avaient admis d'essentielles atteintes de fait à des principes qui, pris à la lettre, eussent été par trop rigoureux. Pothier n'avait consacré à notre matière que treize numéros (129 à 142) de son *Traité des Personnes*, suivant en cela la coutume de Paris, qui ne s'occupait même pas spécialement de la Puissance Paternelle. Intangible, elle était aussi indivisible : ses divers attributs ne pouvaient être séparés ; on ne pouvait comprendre alors, pas plus que les auteurs de la loi du 24 juillet 1889 ne l'admirent près d'un siècle plus tard, qu'on put être « père à demi ou au quart » (1). Enfin, le père seul en a l'exercice (art. 373) ; s'il en est investi concurremment avec la mère (art. 372), cette dernière doit s'incliner devant la formule d'autorité sur laquelle est bâtie la famille par le Premier Consul : dans les cas les plus favorables, elle n'aura d'ailleurs de cette autorité familiale qu'un exercice diminué (art. 381). L'opinion de Tronchet avait prévalu complètement : l'enfant appartenait tellement au père, le droit de ce dernier était tellement absolu, qu'il ne peut volontairement s'en dépouiller : toute convention conclue avant ou après le mariage sera nulle, comme contraire à l'art. 6 ; l'art. 1388 édicte en ce qui concerne cette indisponibilité des règles absolues : nullité de toutes clauses dérogatoires aux droits de puissance sur la femme et les enfants. La doctrine et la jurisprudence confirment, nous le verrons, ces principes.

Le vœu de Portalis d'assurer dans « une société de deux » l'efficacité des délibérations par la prépondérance absolue du père et la prééminence du sexe masculin, était comblé : Le droit du mari, intangible, indivisible, indisponible, est établi

(1) Courcelle-Seneuil. J. O., 1888, Ann. Chambre, p. 726.

sur l'ordre public ; la famille est la cellule primordiale de la Nation ; c'est par là que la parole de Tronchet rejoint celle que prononçait Danton, dix ans plus tôt : « Les enfants sont à l'Etat ».

Il ne faudrait pas, cependant, que ces formules prêtassent à confusion : établie dans l'intérêt de l'enfant, comme déjà dans l'Ancien Droit, la Puissance Paternelle doit s'exercer dans le sens de cet intérêt. Certes, le père puise dans ses prérogatives, certains avantages personnels (le droit de jouissance légale, par exemple, contrepartie de ses charges d'entretien et de garde), mais il n'est plus le *pater* romain, chargé d'assurer la permanence de l'Etat dans sa famille et la continuité des *sacra privata* à son foyer. C'est en partant de cette idée féconde, que doctrine et jurisprudence édifieront leur théorie du contrôle judiciaire ainsi que nous le verrons plus loin.

II. — L'APPORT DU CODE PENAL

Le Code pénal voté en 1810 contient, du point de vue qui nous intéresse ici, deux innovations capitales, qui peuvent être considérées comme les premières brèches dans le système rigide et presque inhumain de la Puissance Paternelle organisé par le Code Civil : Dans certains cas, graves et rares il est vrai, l'autorité du père cessera d'être intangible, cessera d'être indivisible. Les juristes et les philosophes admettent ces mesures commandées par l'intérêt supérieur de l'enfant dans deux hypothèses bien différentes : le père s'est avéré négligent dans l'éducation du mineur qui est devenu un délinquant et des mesures urgentes de redressement s'imposent : c'est le cas prévu par l'art. 66, base de toute la législation moderne sur l'enfance coupable (Lois des 12 avril 1906, 22 juillet 1912, 24 mars 1921). Le droit de garde, avec ses corollaires, entretien, éducation, correction, est retiré au père, et confié à un tiers présentant toute garantie au point de vue moral. Les attributs de la Puissance Paternelle seront divisés : ceux qui restent compatibles avec la décision intervenue sont maintenus aux parents indemnes de toute déchéance : ils se sont révélés incapables mais non criminels.

Seconde hypothèse : le père est indigne de conserver la direction de ses enfants qu'il a livrés à la débauche. Crime moral des plus répréhensibles, et qui est sanctionné, non plus seulement par une simple mesure d'ordre et de discipline sociale, mais par une peine qui est une véritable dégradation civique. Le parent coupable est déchu définitivement de tous les droits prévus au titre IX du livre 1^{er} du Code Civil, sur la personne de l'enfant qui a été sa victime. C'est le premier pas vers l'organisation rationnelle de la déchéance, que réaliseront les lois des 24 juillet 1889 et 15 novembre 1921. Si l'art. 335, dont il est ici question, porte atteinte au principe même de l'intangibilité de l'autorité familiale en vue d'assurer la protection d'intérêts supérieurs, remarquons-le, on ne divise plus les attributs de la puissance paternelle, on les retire en bloc au parent indigne.

Cependant, ce dernier conserve l'administration légale prévue à l'art. 389, et les autres droits non mentionnés au titre IX : droit de consentir au mariage, à l'adoption, à l'émancipation du mineur, droit de l'habiliter à faire le commerce. Mais, par une omission regrettable, la déchéance est limitée à celui des enfants qui aura été la victime de l'attentat aux mœurs (1).

La loi ne donne aux Tribunaux chargés d'appliquer ces dispositions délicates, aucune directive touchant le sort ultérieur de l'enfant. Ils se décideront donc à la placer aux mieux de ses intérêts, le ministère public entendu, ce qui fait apparaître l'importance sociale du contrôle que les Parquets d'abord, et les juridictions ensuite, exerceront sur la façon dont certains parents comprennent leurs devoirs ou leur mission. Hâtons-nous d'ajouter que de pareilles poursuites ont été, heureusement, de tous temps, très rares.



Le Code Pénal contient certaines autres dispositions tendant à réprimer certains crimes ou délits commis par les parents contre leurs enfants (art. 309, 349 et suivants), mais nous n'avons pas à nous en occuper particulièrement ici.

(1) Sic : Demolombe, op. cit., VI, n° 361. V. aussi Dalloz, J. G. verb. cit., n° 68 et ss. — Contrà : Duranton, *Cours de droit français*, III, n° 384.

III. — ELABORATION DE LA THEORIE DU CONTROLE JUDICIAIRE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE

Ainsi donc, la Justice n'avait aucun moyen légal d'agir contre un père négligent ou coupable, hors les cas prévus par les art. 66 et 335 C. P. ; pourtant, des abus d'autorité, des excès (inhérents à toute activité humaine) mirent rapidement les Tribunaux en présence de situations douloureuses ou pénibles, qui constituaient des problèmes théoriquement insolubles, et que pourtant, il fallait tant bien que mal résoudre ; c'était une question de justice élémentaire, de haute morale, de conscience. Ecoutons Demolombe, il se pose la question d'une façon dramatique : « Supposez que le père ou la mère le laisse (l'enfant) manquer de tout. Ou bien encore, la maison paternelle est un lieu d'ivrognerie, de débauche, une école d'immoralité. Laisseriez-vous l'enfant dans ce dénuement ? Le laisseriez-vous dans ce foyer de dépravation ? Non, sans doute, c'est impossible ; il faut venir au secours de cet enfant ; la raison, la morale, l'humanité même l'exigent *dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public* (1). Mais il n'y a pas de texte... Comment faire ? Nous ferons comme nous pourrons ! Mais il faut absolument, je le répète, que nous en venions là. Et, Dieu merci, les moyens d'y arriver logiquement, juridiquement, ne nous manquent pas » (2). Taudière, de son côté, fait une sage remarque : « La Puissance Paternelle est un pouvoir de protection, donc, il faut permettre aux Tribunaux d'en surveiller l'exercice » (3). La jurisprudence n'avait, du reste, pas tardé à se heurter à ces difficultés ; on cite généralement, comme la première espèce rapportée en notre matière, un arrêt de la Cour de Caen, du 31 décembre 1811, et un arrêt de la Chambre Criminelle du 17 décembre 1819 (4). Ce dernier arrêt pose le principe que les droits

(1) C'est nous qui soulignons, car nous pensons en définitive qu'il faut voir dans ces deux expressions toute la raison profonde du mouvement que nous cherchons à analyser ici.

(2) Op. cit., VI, n° 367.

(3) *Traité de la Puissance Paternelle*, p. 113.

(4) Rapportés au Dalloz, J.G., verb. cit., p. 562 et 566.

de Puissance Paternelle n'autorisent pas les parents à commettre des sévices sur la personne de leurs enfants, tandis que la Cour de Caen reconnaît à une mineure le droit « de saisir la Justice pour être autorisée à se retirer dans un lieu qui lui aurait été indiqué », afin de se soustraire à d'éventuels mauvais traitements de la part de son père. On voit très nettement, ici, poindre, avec des réserves de forme, l'idée du pouvoir modérateur des Tribunaux. Remarquons aussitôt qu'aucun fondement de droit n'est clairement indiqué. Les espèces vont se montrer fort peu explicites sur ce point : les décisions rappellent l'axiome posé par la Cour de Cassation dans l'espèce de 1819, elles rappellent, en en faisant leur argument de base, le caractère relatif des droits de Puissance qui doivent être exercés dans l'intérêt de l'enfant, mais, dans l'ensemble, elles seront favorables à l'exercice de ce pouvoir modérateur, qui va se développer, soit pour neutraliser les droits dont le père avait usé au détriment de l'enfant, soit même pour annuler certains actes de l'autorité paternelle.

C'est, en effet, en deux circonstances principales, que notre jurisprudence se dessine : tantôt, il s'agit de réprimer un abus du droit de surveillance, d'autoriser, par exemple, les relations du mineur avec ses grands parents, à l'encontre de la prohibition paternelle, en vertu de l'*officium pietatis* (art. 371), aussi bien que dans l'intérêt de l'enfant (1), ou encore de restreindre l'exercice du droit de garde et d'éducation quand, moralement ou matériellement, l'enfant est en péril (2). La jurisprudence va même jusqu'à retirer le droit de garde aux parents indignes (Req. 27 janvier 1879, cité à la note 2), mais même en ce cas-limite, et dont il y a peu d'exemples, il ne s'agit nullement d'une déchéance, mais seulement d'une mesure de *protection particulière et de détail* ; il est à

(1) Cass. civ., 8 juillet 1857. D., 1857, I, 274 : l'abus ne saurait se couvrir du voile du droit pour échapper au contrôle de la justice, dit cet arrêt. — Cass. req., 12 juillet 1870. D., 1871, I, 218. — Cass. civ., 26 juillet 1870. D., 1871, I, 217 (arrêt Azam).

(2) Cass. req., 15 mars 1864. D., 1864, I, 301, et 27 janvier 1879. D., 1879, I, 223.

noter que la Cour Suprême prend soin d'insister sur l'idée du maintien de la Puissance Paternelle (1).

La seconde circonstance qui sert de point de départ à la jurisprudence, c'est l'abus des émancipations. En voici une espère typique : Deux époux sont séparés et le Tribunal avait ordonné le placement des filles mineures, dont le père avait la garde, dans un couvent. Le père, pour se soustraire à cette obligation, émancipe ses enfants. La Chambre des Requêtes juge le 4 avril 1865 (2), que le père ne pouvait user de son droit d'émanciper ses enfants pour faire obstacle à une décision de Justice. Ici, un acte parfaitement valable en la forme et au fond de l'autorité légitime, est annulé comme non-conforme à ce que la Justice avait souverainement jugé être l'intérêt des mineurs.

Nous voyons, par cette rapide incursion dans la jurisprudence, que Demolombe, dans ses espoirs et ses vœux, n'avait pas été démenti par les Tribunaux aux prises avec les nécessités sociales. Mais, si ces derniers se préoccupaient, somme toute, peu de la *légalité*, aujourd'hui très contestée (3), de leurs décisions, et se contentaient d'affirmer la relativité et la finalité des droits de Puissance, les doctrinaires se devaient de discuter sur le fondement d'une jurisprudence aussi nécessaire qu'aventureuse.

Il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil sur les explications et justifications proposées par les auteurs. Suivons en cela Demolombe, il n'est pas de meilleur guide (4).

Nous savons ce qu'apportaient les travaux préparatoires du Code Civil : autant dire rien de positif. Par contre, les vues du législateur, « suivant lesquelles les Tribunaux sont chargés de faire exécuter les lois » (5), sont nettes : répétons que l'intérêt du mineur est la condition d'exercice des puissances familiales ; la Puissance Paternelle est un droit relatif.

(1) Cass. req., 3 mars 1856. *Journal du Palais*, 1856, II, 256.

(2) *Journal du Palais*, 1865, p. 625.

(3) V. *in Rev. Trim.*, avril-juin 1933, p. 455, l'avis très net de M. Lagarde qui rejoint ainsi le sentiment du strict Laurent : *Principes...*, IV, n° 291 ss.

(4) *op. et loc. cit.*

(5) Demante, *Programme*, t. I., n° 365, note I.

On songe ensuite à tirer un argument du texte des différents articles du Code Civil : des art. 267 et 302 d'abord. Il est naturel qu'on ait pensé à chercher un point d'appui sur ces textes qui visent la situation des mineurs en cas de divorce ou de séparation de corps. Mais comment inférer d'une situation légale à une situation extraordinaire ? Précisément, il s'agit ici d'un cas où les textes mettent toutes les armes entre les mains du père et certains tribunaux l'ont bien vu en refusant d'exercer leur pouvoir modérateur sur le vu des textes (1). Mais l'art. 444, qui vise la destitution du tuteur dans certains cas d'incapacité ou d'indignité ? Ici encore, il n'est pas question du père quant à ses droits de puissance. On peut penser que Demolombe s'égare quelque peu, en prétendant que ce texte fournit à sa cause « un argument décisif » !

Nous croyons simplement, quant à nous, qu'on peut voir seulement dans ces articles une indication du sentiment du législateur favorable à l'immixtion prudente du juge en ces matières délicates.

Mais, le « point d'appui » principal réside à n'en pas douter dans l'existence incontestable d'une longue tradition historique favorable au pouvoir modérateur des tribunaux. Peut-être même, trouverait-on en Droit Romain, certains textes à ce sujet (2).

Le Prêteur reconnaît à l'enfant le droit de se plaindre à lui de son père, et de lui réclamer des aliments: *Solet Prætor frequentissime adiri ut constituat ubi filii alantur* (3).

(1) Nîmes, 10 juin 1825, D., J. G., verb. cit., n° 54 note : « Il n'appartient pas, dit cet arrêt, aux Tribunaux de juger la loi, de la modifier, de la restreindre... ». — Paris 21 avril 1853, D., 1854, V, 622. — Bordeaux, 13 juin 1860, D., 1861, II, 92. — Le Tribunal du Puy, dans son jugement du 10 décembre 1869, D., 1870, III, 64, pour refuser toute intervention, s'appuie principalement sur l'absence de texte.

(2) Ulpien sous les Sévère soutient que si un fils a mérité la mort, le père doit le déférer au magistrat qui statuera. (D., 48, 8, Ad legem Corn. de sic., 2). Il semble bien que depuis le 2^e siècle, le père de famille ne dispose plus que de la modica castigatio. — V. Petit, op. cit. n° 83 et ss. — Girard et Seun, op. cit., p. 152.

(3) D., L. I. princ., ubi pup. ed.

La parole de Marcien se justifie ainsi, peu à peu : *Patria potestas in pietate debet... consistere* (1).

Cette évolution imposée par l'adoucissement des mœurs, sous l'influence du développement des idées chrétiennes, se poursuit dans l'Ancien Droit. Un contrôle supérieur au nom de la société a été admis de bonne heure. Beaumanoir en parle déjà dans ses *Coutumes de Beauvoisis* (ch. 21) ; MM. Planiol et Ripert, dans leur *Traité élémentaire* (2), rapportent une déclaration de Louis XIV, du 8 mars 1704, d'un accent étonnamment moderne ; il y est question de faire réparer par la Justice les abus de ceux qui exercent la Puissance Paternelle, et Daguessau ajoute : « Si les parents sont les premiers juges, leurs jugements sont toujours soumis à ceux des magistrats ».

La jurisprudence des Parlements fait à cet égard foi d'une pratique jurisprudentielle constante. Merlin nous dit dans son *Répertoire* (3), que la question de savoir à qui doit être confié le soin de l'éducation d'un enfant, occasionne dans les Tribunaux des difficultés très fréquentes. Voici, à titre d'exemples, un arrêt du Parlement de Provence de 1669, qui admet l'aïeul maternel à faire la preuve des *sérvices* exercés par un père sur sa fille. Un arrêt du Parlement de Paris, du 9 juillet 1760, dans une affaire Deschamps ; un autre arrêt du même Parlement, du 4 avril 1767, dans une affaire de Gironde, prononcent entre deux époux la séparation de corps, mais ordonnent que, contrairement aux principes, l'enfant mineur issu du mariage, sera confié à la mère (4).

Ce point d'appui-là, sera donc pour les Tribunaux des plus solides : nous avons vu que les auteurs du Code s'étaient, eux aussi, principalement inspirés des règles coutumières et de la jurisprudence de l'ancien régime : la parole de Demante trouvera donc ici son entière justification.

Quoi qu'il en soit du fondement, le pouvoir modérateur

(1) D., L. 5, ad leg. Pomp. 48, 9.

(2) I, n° 1.728, note I.

(3) t. IV, V^e Education, p. I.

(4) Les trois arrêts sont cités par Planteau du Maroussem, op. cit., p. 146 et ss.

des Tribunaux est accepté comme indispensable par l'ensemble de la doctrine de l'époque (1).

Vazeilles et Laurent, cependant, s'écartent du concert général ; le premier voulait étendre l'art. 444 à la Puissance Paternelle, et conférer aux Tribunaux le droit de prononcer de véritables déchéances (2), contre quoi s'éleva Demolombe, qui n'estimait pas possible d'aller si loin en l'état des textes (3). La thèse absolue de Vazeilles a reçu, de nos jours, la haute approbation de MM. Planiol et Ripert (4), qui font un curieux rapprochement entre l'obligation du père et le rapport de droit synallagmatique en une matière qui paraît si éloignée du droit contractuel. De toutes manières, ces deux auteurs donnent l'impression d'avoir été sévères pour les conceptions de Demolombe. Laurent, au pôle opposé, s'affirme partisan d'une légalité stricte, mû par des mobiles qui ne sont peut-être pas tous d'essence très juridique, mais il feint de croire que Demolombe et Demante admettent la déchéance sans textes et proteste surtout contre cette tendance. Il semble bien admettre, au contraire, des mesures de détail, tendant à réprimer les abus de la Puissance Paternelle. Il ne serait pas impossible qu'on se soit mépris quelque peu sur sa véritable pensée (5).

En somme, durant ces trois-quarts de siècle qui s'écoulent entre la promulgation du Code Civil et le grand mouvement législatif de 1874-1889, jurisprudence et doctrine avaient édifié plus ou moins légalement, une œuvre importante. La Puissance Paternelle du Code présentait déjà un autre visage plus humain, plus social.

(1) Citons en dehors de Demolombe : Aubry et Rau, t. VI de la 4^e éd. p. 94 et IX de la 5^e éd. par Martin, p. 116 — Demante, op. cit., t. II, n^o 114 bis. — Hue, Commentaire..., t. III, n^o 174-214.

(2) Vazeilles *Contrat de mariage*, t. II, n^o 431.

(3) Demolombe, op. cit. n^o 369.

(4) op. cit., I, n^o 1.733.

(5) « Le père qui maltraite ses enfants n'exerce pas la Puissance Paternelle, il en abuse... Dès lors les Tribunaux ont le droit d'intervenir en faveur de l'enfant. », Op. cit., t. IV, p. 371. M. Testoud, dans un article de la *Revue Critique* de 1891, p. 16, donne un commentaire intéressant de ce passage.

Le droit, en pareille matière, commençait (assez confusément, il est vrai, mais avec continuité), à réaliser la Justice : il allait appartenir au législateur d'entrer dans la voie tracée par le juge et d'apporter des textes : le système légal de la déchéance est l'aboutissement logique de la jurisprudence que nous venons de parcourir.

IV. — LE SYSTEME LEGAL DE LA DECHEANCE ET LES LOIS SUBSEQUENTES

Dans cette longue période, qui s'étend de la promulgation du Code Pénal (1810) à la loi du 7 décembre 1874, nous nous bornerons, ici, à signaler les lois des 22 mars 1841 et 19 mai 1874, qui interdisent ou réglementent l'emploi des enfants, dans l'industrie, et dont le but est de protéger l'enfant contre les abus de l'autorité paternelle qui, dans une pensée de lucre, compromettrait sa santé morale ou physique. Répond aux mêmes préoccupations, la loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage. Plus intéressante pour nous est la loi du 5 août 1850, qui vient enfin régler le sort des enfants enfermés dans des écoles pénitenciaires et employés à l'agriculture. L'art. 1^{er} confère à l'Administration les droits de garde et d'éducation enlevés *ipso facto* au père. L'art. 11 lui attribue le droit de correction. Le père conserve le droit d'émancipation (qui n'aura aucun effet quant à la personne du mineur, tant qu'il sera détenu), ainsi que les droits d'administration et de jouissance légales.

Enfin, rangeons parmi ces lois, bien que cette dernière soit postérieure à la loi de 1874, qui va nous arrêter quelques instants, la loi du 28 mars 1882, qui oblige les parents à donner à leurs enfants l'instruction primaire sous des sanctions pénales qui ne sont, au demeurant, jamais appliquées. C'est le devoir d'éducation qui se trouve ainsi légalement — mais, hélas ! — bien inutilement formulé.

*
**

LA LOI DU 7 DÉCEMBRE 1874 vise essentiellement la protection des enfants employés dans les professions ambulantes énumérées dans l'art. 1^{er} (acrobates, charlatans, saltimbanques).

Les parents qui auraient livré leurs enfants, âgés de moins de 16 ans, aux individus exerçant une des professions ci-dessus, ou à des gens sans aveu, ou à des mendiants d'habitude, peuvent être privés, en sus des peines portées au texte, des droits de Puissance Paternelle. La même flétrissure peut atteindre, d'après l'art. 3, les père et mère qui emploient leurs enfants mineurs de 16 ans à la mendicité (1).

Voilà le premier texte législatif qui organise la déchéance *totale* de la Puissance Paternelle, et non plus seulement des droits mentionnés au titre IX (art. 335, par. 2, C.P.). Ici, la déchéance est complète et absolue : elle comprend *tous les droits* attachés à l'autorité paternelle vis-à-vis de *tous les enfants*, présents et à venir.

Elle demeure facultative pour le juge.

Cependant, cette loi importante dans l'histoire de la déchéance, contient une grave lacune ; elle n'indique nulle part ce que les Tribunaux devront faire de l'enfant quand les parents sont déchus ; ils prendront donc toutes mesures de garde et de protection que l'intérêt bien compris du mineur commandera.

LA LOI DU 24 JUILLET 1889 (2), votée après quinze ans de discussions, sur l'initiative de M. Th. Roussel, a essentiellement pour but la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Elle constitue le troisième terme de la législation sur la déchéance, mais dépasse de beaucoup en importance toutes les lois antérieures.

Qu'elle ait été préparée, que son rôle ait été facilité par la jurisprudence désormais affirmée sur le pouvoir modérateur des Tribunaux, cela ne fait aucun doute : le rapporteur au Sénat, M. Roussel lui-même, n'affirmait-il pas « qu'elle venait combler les lacunes depuis longtemps signalées dans notre législation » (3).

(1) La loi du 7 déc. 1874, modifiée par la loi du 19 avril 1898, est aujourd'hui incorporée au Code du Travail (art. 58 à 63 et 168 à 171 du livre II). Ce sont les art. 61 et 62 qui prévoient la déchéance facultative.

(2) D., 1890, IV, 15.

(3) Rapport du 10 juillet 1889, D., eod, loc.

Les Tribunaux sont désormais investis d'une mission officielle très importante, mais qui ne répondra pas à toutes les attentes, car, dans son désir d'aboutir après des discussions touffues et interminables, le législateur fit une œuvre incomplète, insuffisamment nuancée, et qui méritait d'être assouplie : c'est le but que réalisèrent les lois ultérieures : celles des 5 avril 1898 et 15 novembre 1921, notamment.

Une étude complète d'ensemble de la déchéance n'a peut-être pas été faite encore d'un point de vue systématique : nous n'avons pas cette ambition, qui dépasserait grandement nos forces et n'entrerait pas dans le cadre de ce modeste travail. Nous nous bornerons ici, sans répéter les développements détaillés, que tous les traités offrent à leurs lecteurs, à présenter une vue très sommaire sur l'économie de cette législation.

La loi du 24 juillet 1889 est dominée par le principe de l'*indivisibilité* de la déchéance : *totale*, elle est aussi *absolue* ; les parents indignes sont privés de tous leurs droits, et ils en sont privés à l'égard de tous leurs enfants. C'était aller trop loin. Le système « du tout ou rien » formait un ensemble trop rigide, mal accommodé aux nécessités de la pratique. Il a fallu 32 ans pour que le Parlement s'en aperçoive et vote enfin la loi du 15 novembre 1921 (1), qui confère au juge le plus large pouvoir d'appréciation : désormais — dans les cas de déchéance facultative — les parents pourront se voir interdire un ou plusieurs de leurs droits à l'égard de tous leurs enfants, ou seulement de quelques-uns d'entre eux.

La loi de 1889 distingue la déchéance obligatoire et automatique, accessoire obligé de certaines condamnations pénales énumérées à l'art. 1^{er}, et que le Tribunal n'a par conséquent, pas à prononcer, et la déchéance facultative qui doit être prononcée par le Tribunal, et qui est laissée à son appréciation. La déchéance émanera, alors, soit de la juridiction

(1) D., 1921, IV, 313. — Cette loi souligne l'évolution radicale qui, sous la pression des idées sociales modernes, s'est produite depuis le Code Civil, dans la conception que se fait le législateur de l'autorité paternelle. Intangible, indivisible autrefois, nous l'avons montré au début de ces pages, elle devient aujourd'hui essentiellement relative, divisible et contingente.

répressive dans les cas énumérés pour la plupart dans l'article 2 (1), mais ne pourra résulter que d'une disposition expresse du jugement, soit de la juridiction civile, à la requête du Ministère Public ou de certains parents (Art. 3).

Le Tribunal Civil procédant en Chambre du Conseil, pourra prononcer la déchéance dans deux cas bien distincts : 1° Lorsque le Tribunal répressif n'aura pas prononcé la déchéance, bien que se trouvant dans un des cas prévus par la loi ; 2° Dans une série d'éventualités prévues par l'art. 2, n° 6, de la loi de 1889, texte de 1921, et qui vise désormais : en dehors de toute condamnation, les père et mère qui compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins, ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants, ou d'un ou de plusieurs de ces derniers (2).

Dans ce dernier cas, la juridiction civile est seule compétente à l'exclusion de la juridiction pénale. Procédure sommaire, sans ministère d'avoué.

Des mesures provisoires peuvent être prises dans l'intérêt de l'enfant au cours de l'instance.

On voit, par les quelques mots que nous en avons dit, que la loi du 15 novembre 1921 a constitué une innovation très hardie dans un système législatif qui avait vieilli, et ne fut pas, à la vérité, appliqué avec beaucoup de vigueur.

(1) Parmi les cas non énumérés par l'article 2, citons la condamnation pour abandon de famille : L. 7 fév. 1924, art. 1er, al. 3.

(2) Le plus grand nombre de déchéance est prononcé en vertu de ce texte : 567 en 1919 sur un nombre total de 646 déchéances (cité par Planiol et Ripert, I, p. 603, note). En 1930, d'après le *Compte Général Civil*, sur un total de 981 déchéances facultatives, 101 ont été prononcées à la suite d'une condamnation et 780 en dehors de toute condamnation dont 265 pour ivrognerie habituelle, 458 pour inconduite notoire, 137 pour mauvais traitements ; 88 demandes de déchéances ont été rejetées seulement. Il convient d'ajouter à ces chiffres 147 déchéances prononcées soit par les Cours d'assises (97) soit par les juridictions correctionnelles (50).

Le Tribunal de la Seine vient en tête avec un chiffre total de 335 déchéances contre 278 en 1925 (pour ce dernier renseignement : *Illustration*, 24 oct. 1931 : *l'Enfance du Carrefour*).

C'est un texte vraiment décisif, auquel d'ailleurs, la loi du 5 avril 1898 avait ouvert la voie, en instituant dans certains cas de sévices (blessures, abandon, remise à des saltimbanques), une déchéance partielle restreinte à la garde et relative, qui ne peut être prononcé que par une juridiction répressive.

Cette loi constituait un premier assouplissement de la loi de 1889, et tenait compte des hésitations marquées par la pratique depuis 10 ans.

Que faut-il penser de la loi de 1921 du point de vue qui nous occupe, de la mission des Tribunaux ? Il ne semble pas que, malgré ses termes très extensifs, elle ait complètement répondu à tous les besoins. Les Tribunaux préfèrent, aux mesures de « retrait », voile sous lequel le législateur de 1921 a masqué la déchéance, l'exercice de leur pouvoir modérateur. Pourquoi ? D'abord, la loi de 1921 a très fâcheusement laissé subsister à l'encontre du père « retrayé », les incapacités de l'art. 8, qui sont de véritables flétrissures, ensuite parce qu'en cas de restitution des droits retirés, cette restitution ne peut être qu'intégrale. Autre lacune grave de la loi qui — par prétérition — n'admet qu'une réintégration complète et absolue, en prévoyant par ailleurs un retrait partiel et relatif. Ajoutons enfin qu'en une matière aussi délicate qui touche aux intérêts supérieurs des enfants et à la considération des familles, les juridictions préfèrent procéder par mesures particulières et de détail, ne laissant subsister aucune conséquence fâcheuse.

Nous étudierons, dans la Section Première de notre Chapitre premier, pour ne pas nuire à notre plan d'ensemble, les effets de la déchéance prononcée, notamment en ce qui concerne la mère, et nous remettons à plus tard également, l'examen du titre II de la loi de 1889, lorsque nous parlerons des droits de l'Assistance Publique (1).



En dehors des lois qui organisent la déchéance de la Puissance Paternelle, il nous faut citer pour compléter le tableau

(1) V. Section III du chap. Ier.

que nous brossons ici, des grandes lois protectrices de l'enfance, considérées sous l'angle de notre sujet, quelques textes capitaux qui confirment la tendance inaugurée en 1874 et 1889, par le Parlement, de confier aux Tribunaux, une sorte de haute tutelle sur la puissance familiale, un droit de regard supérieur sur l'éducation et la moralité des enfants mineurs.

Voici l'important mouvement législatif sur la minorité pénale : Lois du 12 avril 1906, élevant à 18 ans la majorité pénale ; loi du 22 juillet 1912, sur les Tribunaux pour enfants et adolescents, modifiée les 22 février 1921, 26 mars 1927 et 30 mars 1928. En cas d'acquiescement pour défaut de discernement, l'enfant pourra être remis à sa famille, ou confié à une institution de redressement, ou mis en liberté surveillée. Dans le second cas, les parents perdent le droit de garde, d'éducation et de surveillance. Ils ne pourront exercer aucune des prérogatives de leur autorité paternelle, qui serait en opposition avec la mesure ordonnée par justice. Les enfants confiés à l'Assistance Publique sont, en ce cas, dits en garde (voir infra: p. 84 et 86). Les enfants mis en liberté surveillée n'échappent pas à l'autorité de leur père ; il n'y a, dans cette hypothèse, aucune modification des droits de puissance ; le délégué à la liberté surveillée se borne à visiter l'enfants et les parents, et à contrôler la façon dont premier et second se conduisent, mais il a la possibilité de faire prendre par le Tribunal de nouvelles mesures.

La loi purement civile du 11 avril 1908 aurait voulu réprimer la prostitution des mineurs, mais elle a complètement échoué et ne fait que grossir l'arsenal des lois inappliquées. M. le bâtonnier Barboux en dit qu'elle a soulevé plus de questions qu'elle n'en a résolues, et M. Garçon déclare : « C'est une loi d'incohérence » (1). Les enfants de deux sexes de moins de 18 ans, qui s'adonnent habituellement à la prostitution, pourront être envoyés par le Tribunal, sur la deman-

(1) E. Prevost : *La Prostitution des Enfants*, préface. Rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice de Paris, par A. Mossé, 1920. p. 45 — Voir sur les défauts de cette loi : *Rev. Pénit.*, 1912, p. 548 et 1909 p. 1186. — Ajoute le récent ouvrage de M. le Dr Faivre : *Les jeunes vagabondes prostituées en prison*, qui donne des renseignements navrants sur le progrès des maladies vénériennes dans le milieu des jeunes prostituées.

de des parents ou du Parquet, dans un établissement spécial jusqu'à leur majorité. Il s'agit là, au point de vue du Droit civil, d'une déchéance limitée au droit de garde, d'éducation et de surveillance. La situation des parents sera la même que dans le cas de l'envoi d'un mineur délinquant dans un établissement de redressement.

Cette loi a été appliquée de 1908 au 31 mars 1914, à 156 mineurs, dont 106 ont comparu devant le Tribunal de la Seine. Elle a été tout à fait ignorée dans quinze ressorts de Cours d'Appel. Actuellement, elle n'est plus appliquée du tout (1), car les Parquets disposent, avec la loi du 24 mars 1921, sur le vagabondage des mineurs de 18 ans, d'un texte plus souple et beaucoup plus efficace. Les poursuites s'exercent devant le Tribunal d'Enfants, les sanctions sont celles qui sont prévues par les lois de 1912 et 1921, les conséquences pour les parents seront donc les mêmes aussi.

La loi du 27 juin 1904 organise le service des enfants assistés. Nous la retrouverons plus loin.

Enfin, nous voulons citer au passage deux lois pénales particulièrement bienfaisantes.

D'abord, celle du 5 décembre 1901, modifiée le 23 mars 1928, qui a ajouté un paragraphe à l'art. 357 C. P., lequel sanctionne la non représentation des enfants quand il a été statué judiciairement sur leur garde. La jurisprudence rend ce texte applicable au simple droit de visite (2).

La seconde de ces lois, celle du 7 février 1924, modifiée par la loi du 3 avril 1928, vise l'abandon de famille (3).

Nous n'avons pas à insister sur l'importance de ces textes qui, confirmant la tendance moderne du législateur à sanctionner pénalement l'inexécution des décisions de la justice civile, permettent aux Tribunaux d'assurer un contrôle extrêmement efficace sur les faits et gestes des « mauvais parents »

(1) Un seul jugement en 1930, d'après le *Compte Général Criminel*.

(2) Voir *infra* : p. 127.

(3) Nous rappelons qu'une condamnation pour délit d'abandon de famille est un des cas de déchéance facultative. (L. 7 fév. 1924, art. 1er, al. 3).

et de soutenir les droits des enfants, des mères, des ascendants, à l'encontre de la mauvaise volonté ou de l'intransigeance paternelle.

V. — LA SURVIVANCE DU POUVOIR DE CONTROLE DES TRIBUNAUX

La loi du 24 juillet 1889, nous l'avons vu, est l'aboutissement normal de la jurisprudence sur le pouvoir modérateur des Tribunaux en matière de Puissance Paternelle. Mais, pour cette raison même, sa mise en vigueur allait poser devant le monde juridique un problème assez embarrassant : en présence d'un texte aussi catégorique, le droit de contrôle de la justice subsistait-il ? Sa raison d'être n'était-elle pas disparue ? M. de Loynes, le savant maître de l'Université de Bordeaux, dans une suite de dissertations au *Recueil Dalloz*, prend délibérément position : le droit jurisprudentiel est mort (1), place au régime, si absolu soit-il, de la déchéance. « La loi du 24 juillet 1889 a eu pour but, dit cet auteur, de mettre un terme à l'incertitude des interprétations et à la variété des décisions ». C'est le fameux système dit du « tout ou rien ». L'argument tiré de la nature même de la loi était déjà impressionnant, il faut l'avouer, mais les partisans de cette manière de voir se fondaient encore sur les travaux préparatoires. Les projets relatifs à la déchéance partielle furent repoussés par le Conseil d'Etat : « Il n'a pas été compris », dit le rapporteur, M. Courcelle-Seneuil, « que l'on put être père à demi, au tiers ou au quart. Pour que la condition de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre puissance, et que celle du père soit entière, ou qu'elle ne soit pas. » (2). La jurisprudence fut, au début, très ferme dans le sens restrictif. Deux arrêts de 1890, l'un de la Cour de Toulouse (3 juillet), le second de la Cour de Poitiers (21 juillet), tous deux rapportés à la *Gazette des Tribunaux* du

(1) D. 1890, I, 233 et II, 25. — 1891, II, 75. — 1894, II, 393.

(2) J. O., 1888, annexes Chambre, p. 276. Voir pour les travaux préparatoires notamment les passages relevés dans une note signée A. L. au D., 1899, II, 57.

7 octobre 1890, s'expriment en termes absolus : « La loi de 1889, dit cette dernière espèce, dénie et retire aux juges le droit de toucher à l'exercice de la Puissance Paternelle », et l'arrêt de Toulouse affirme « que la loi supprime toute mesure intermédiaire ». Une suite importante d'arrêts consacre cette façon de voir (1).

Mais, voici qu'une réaction se manifeste : M. Testoud publie dans la *Revue Critique* de 1891 (p. 16), un article où il affirme la survivance de l'ancienne jurisprudence. Rien dans les travaux préparatoires, dit-il, ne vient affirmer l'intention du législateur de fonder le système du tout ou rien. Au contraire, le rapport Gerville-Réache, du 12 janvier 1889, souligne que la loi nouvelle a pour but de combler une lacune de la législation antérieure et pas davantage. Les arguments de textes (art. 302, 444 C.C.) demeurent, dit cet auteur; le fondement tiré du but de la Puissance Paternelle aussi. De plus, la loi de 1889 ne s'occupe pas des rapports entre les enfants et leurs ascendants : faut-il en conclure qu'il n'existe en cette matière si importante dans la théorie jurisprudentielle, plus aucun contrôle ? Voilà un argument qui nous semble péremptoire, alors que nous ne chercherons pas à dissimuler la faiblesse de ceux qui se fondent sur les travaux préparatoires : les auteurs d'une loi si péniblement élaborée, compromis entre diverses tendances et écoles, n'avaient certes pas prévu ses destinées pratiques, et encore moins les controverses qu'elle soulèverait : qui s'en étonnerait ?

L'opinion de M. Testoud rencontra dans la doctrine d'immédiates approbations (2). La jurisprudence de nombreuses juridictions la confirme, le Tribunal de la Seine s'y

(1) Agén, 6 nov. 1889 — D., 1890, II, 25. — Tal de St-Quentin, 27 déc. 1889 — S., 1891, II, 19. — Orléans, 12 août 1897 — D., 1899, II, 60. — Paris, 20 mai 1898 — D., 1899, II, 447 et encore ce dernier arrêt semble moins absolu qu'on ne le croit généralement. — Paris, 15 décembre 1898. — D., 1899, II, 57. — En ce sens : Taudière, op. cit., p. 414 et ss. — Huc, op. cit., III, n° 215 et ss. — Cambon, *De la protection de la personne de l'enfant contre les abus de la Puissance Paternelle*, Th., Dijon, 1900, p. 202 et ss.

(2) Charmont : *La loi du 24 juillet 1889. Rev. Critique*, 1891, p. 511 et ss. — Bourcart, note sans Poitiers, S., 1891, II, 17. — Cf : Desserteaux, *De la protection des enfants.... Rev. Trim.* 1912, p. 5.

tient malgré des réformes successives (1). Mais il paraissait de plus en plus clairement que la jurisprudence restrictive faisait fausse route : La loi de 1889 ne pouvait pas prétendre à la prévision de tous les cas possibles d'abus de la Puissance Paternelle et si elle semble bien avoir posé le principe de l'indivisibilité de la déchéance, elle n'a peut-être pas, *ipso facto*, voulu conférer ce caractère à la Puissance Paternelle qui n'en demeure pas moins constituée par *un ensemble de droits distincts et de buts variés* (2).

On considère généralement que le retentissant arrêt de la Cour de Paris du 8 février 1912 a mis fin à la controverse en affirmant la survivance du pouvoir modérateur des Tribunaux. Cette espèce fut très favorablement commentée au Dalloz par M. Planiol (3) et au Sirey par M. Hugueney (4).

M. Martin, dans une note ramassée (5) se déclare du même avis.

Mais voici que survient une difficulté nouvelle : Les termes très extensifs de la loi du 15 novembre 1921 n'enlèvent-ils pas définitivement, cette fois-ci, aux Tribunaux leur droit de contrôle ? (6). Non, la loi ne le dit pas. Les nécessités pratiques, demeurent les mêmes et les Tribunaux y répondent de la même façon (7). Nous avons précédemment marqué la

(1) Seine, 27 janvier 1890 — S. 1891, II, 20. — 6 août 1896 — La Loi, 14 octobre 1896. — 20 janvier 1898. — Gaz. Pal. 1898, I, 256. — Tal de Rennes, 18 sep. 1891. — D., 1894, II, 393. — Bordeaux, 17 fév. 1897. — D., 1898, II, 197. — Sur les rapports avec les grands-parents : V. not. Paris 24 juin 1892 — D., 1893, II, 81 et Aix, 12 nov. 1890 — S., 1891, II, 25.

(2) L'art 389 nouveau, al. 9 C.C. sur l'administration légale fournit un exemple typique de la divisibilité des attributs de la Puissance Paternelle.

(3) D., 1912, II, 273.

(4) S., 1914, II, 209. M. Hugueney donne dans cette note une bibliographie très importante.

(5) V. Aubry et Rau, op. cit., 5^e éd., par Martin, IX, par. 551, p. 134, note 10 bis. — On peut consulter aussi Gaudemet, chron., *Rev. trim.* 1912, p. 475.

(6) V. Lagarde, *Rev. Trim.*, 1933, p. 455 ss. M. Lagarde se montre assez hésitant dans l'analyse de la jurisprudence récente. Cf : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., I, n° 385. — L. Jossierand, Cours de *Droit positif*, t. I, 1re éd., n° 1.120, et de l'*Esprit des Droits*, n° 65 ss.

(7) Cass. Civ., 6 juillet 1931 — S., 1931, I, 391. — V. *Rev. Trim.* 1931, p. 807. — Aix, 15 mars 1929 — D. 1930, II, 111, note Nast.

répugnance de nombreuses juridictions à faire jouer les indignités de l'art. 8 nouveau de la loi de 1889, et à troubler les familles par des mesures brutales dont l'enfant peut-être paierait plus tard les conséquences. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de déchoir mais de modérer par des interventions opportunes visant des situations déterminées, se modelant sur les circonstances actuelles, disparaissant avec elles. Toute idée de flétrissure ou de sanction, mieux : de repression, que la déchéance évoque fatalement avec son corollaire : réhabilitation légale ou morale, est absente de la théorie jurisprudentielle. Certains Tribunaux sous l'influence des mêmes idées vont même très loin (1). Par contre, d'autres refusent encore de reconnaître que la Puissance Paternelle est divisible (2) ; mais on peut généralement admettre comme un fait acquis l'existence du pouvoir modérateur comme aussi se féliciter, croyons-nous, de le voir fréquemment mettre en œuvre.

Il nous faut examiner maintenant ses effets, son étendue et son fondement.

(1) Tal de Fontainebleau, 17 fév. 1933, Gaz. Pal. 1933, I, 807. — Cette espèce prononce le retrait du droit de garde en dehors de toute déchéance.

(2) Tal de Langres, 3 fév. 1933, Gaz. Pal, I, 628. — V. *Rev. Trim.*, 1933 p. 455 et ss. La Cour de Dijon par arrêt du 26 octobre 1933 a réformé ce jugement. — Gaz. Pal. 1934, I, 12.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE JUDICIAIRE DANS LES CAS DE CONFLITS ENTRE PERSONNES INVESTIES DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Section I. — CONFLITS ENTRE LE PERE ET LA MERE.

Section II. — CONFLITS ENTRE PARENTS ET ADOPTANTS.

Section III. — CONFLITS ENTRE LES PARENTS ET L'ASSISTANCE PUBLIQUE.

Section I

CONFLITS ENTRE LE PÈRE ET LA MÈRE

A. — LE PERE EXERCE SES DROITS SANS ABUS

Nous savons que si durant le mariage, d'après le texte formel de l'art. 373, le père exerce seul la puissance paternelle, la mère en est également investie (art. 371 et 372). Il est donc équitable qu'à cette prérogative correspondent des droits positifs, à tout le moins un pouvoir de contrôle sur la façon dont le père s'acquittera de sa mission : il faut, partant, que la mère ait un moyen de faire respecter par son mari l'intérêt de l'enfant commun, mesure des droits de puissance.

Mais dans quels cas et dans quelle mesure ?

Pour que le principe posé par l'art. 373 soit respecté, il est clair que seront hors de toute critique les mesures prescrites par le père en ce qui concerne la garde ou l'éducation ou encore la correction du mineur dès lors que la femme ne peut établir qu'elles sont abusives.

C'est ainsi qu'il a été jugé le 20 mai 1898 par la Cour de Paris (1) que les tribunaux ne peuvent ordonner des mesures qui en dehors de tout abus, auraient pour résultat d'enlever à un père contre sa volonté et malgré son opposition le droit de garde des enfants communs.

(1) D., 1899, II, 447. — Le 12 août 1897 (D., 1899, II, 60), la Cour d'Orléans avait rendu un arrêt très ferme dans le même sens. Cet arrêt dit même que la mère ne saurait se fonder sur ce que ses soins sont indispensables à ses enfants en bas âge pour refuser de remettre ceux-ci au père. alors qu'aucun reproche ne peut être élevé contre ce dernier.

Et le 3 janvier 1917, la même Cour confirme sa jurisprudence (1) : pas d'intervention possible de la part de la mère, hors le cas de déchéance, d'instance en divorce ou en séparation de corps, pour faire ordonner des mesures relatives à la garde des enfants qui seraient contraires à la volonté paternelle.

Les deux arrêts sont quasi identiques dans leurs termes. La mère, affirme M. de Loynes sous un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1892 (2) ne peut porter atteinte aux droits du père, et il faut ajouter : même sous la forme d'un vœu testamentaire, enlever par exemple la garde de l'enfant qui lui était confiée au père survivant pour le remettre aux parents de ce dernier.

Sur le principe, sauvegarde de tout l'édifice construit par les auteurs du titre IX, pas de contestations possibles en droit positif, pensons-nous. Apportons lui toutefois une curieuse confirmation : on sait qu'une loi du 3 juillet 1915 (3) avait transféré provisoirement pour la durée de la guerre l'exercice de la Puissance Paternelle à la mère, lorsque le père mobilisé était dans l'impossibilité matérielle de l'assumer. Non seulement l'*urgence absolue* était requise pour que cette loi trouva son application, mais elle devait de plus *être reconnue par la justice* et la Cour de Paris, dans l'espèce rapportée ci-dessus du 3 janvier 1917, jugeait que la mère *était tenue de se conformer aux instructions laissées par le mari*. — Cette prédominance du mari existe en tous cas, même en cas de séparation de fait (4), toujours dans notre hypothèse présente où le mari ne commet aucun abus.

Mettons cependant à part certaines espèces très particulières, comme celle qui fut jugée par la Cour de Caen le 8 avril 1851 (5) : une femme séparée de biens est admise à

(1) D., 1917, II, 37.

(2) D., 1893, II, 81.

(3) D., 1916, IV, 205. — V. spécialement col. 3, le *rapport* de M. le Sén. Guiller. — Un décret du 14 déc. 1870 — D., 1871, IV, 11 — avait édicté une dérogation semblable pour la durée de la guerre de 1870.

(4) Tal Vesoul, 28 août 1928 — Gaz. Pal., 1928, II, 615.

(5) D., 1852, II, 127.

réclamer contre le mode d'éducation donné à l'enfant commun par le mari parce qu'il entraîne des dépenses hors de proportion avec ses ressources propres alors qu'elle y contribue ou même les supporte seule par application de l'art. 1448.

Notre principe reçoit encore une éclatante confirmation dans ce fait que le père ne peut ni faire *abandon de ses droits*, sauf les cas prévus au titre II de la loi du 24 juillet 1889, ni en *consentir des restrictions*, ni les *transmettre conventionnellement* : La Puissance Paternelle, nous l'avons déjà dit, est indisponible entre ses mains. La jurisprudence annule sur le fondement de l'ordre public, les clauses testamentaires par lesquelles le disposant en instituant un mineur enlève au père le droit d'éducation ou d'instruction (1) et de même, les Tribunaux refusent d'admettre la validité des conventions intervenues entre le père et la mère sur la garde, l'éducation, la religion de l'enfant (2) même si ces conventions impliquant un certain abandon de la part de la mère sont plutôt favorables au père et sont incluses dans un contrat de mariage (3). A la suite de Rodière et Pont (4), MM. Planiol et Ripert s'élèvent contre une jurisprudence aussi restrictive et qui leur apparaît comme peu équitable (5). Le père, disent ces auteurs, n'a pas abdiqué, il n'a pas aliéné son droit, il en a usé. C'est lui qui décide, non la femme : et dans quel acte plus utilement que dans cette charte familiale qu'est le contrat de mariage se trouveront des dispositions qui ont pour effet d'assurer la stabilité du futur ménage ? — N'oublions pas, pourtant, que le contrat de mariage a principalement pour effet de régler les rapports pécuniaires entre des époux et

(1) Orléans, 5 février 1870 — D., 1870, II, 49.

(2) Un arrêt de la Ch. Civile du 3 mars 1902 — D., 1903, I, 81 — déclare non valable l'acquiescement du père à un jugement qui lui enlevait le droit de garde. *Addé* en ce qui concerne la nullité des conventions sur la religion de l'enfant : Tal Marseille, 7 fév. 1891, in *La loi*, du 20 février suivant.

(3) V. Paris, 29 avril 1913 — S., 1914, II, 40. — Le pouvoir absolu du mari insusceptible de partage est nettement affirmé dans cet arrêt.

(4) Contrat de mariage, t. I, n° 63. Le mari aurait contracté dans certains cas un engagement d'honneur qu'il lui appartiendrait d'exécuter de bonne foi.

(5) Trait. élém., I, n° 1.646 et III, n° 799.

qu'on y stipule pour l'avenir et une fois pour toutes. Il serait bien dangereux pour le mari de consentir à se dépouiller avant le mariage et sous l'empire de sentiments divers du libre exercice de ses droits sur ses enfants futurs... (1).

Des dispositions législatives récentes inspirées par des considérations diamétralement opposées à celles qui sont à la base de nos Codes, par l'idée d'égalité entre les époux, sont venues pourtant augmenter les pouvoirs de la mère : voici la loi du 17 juillet 1927 qui décide (art. 142 nouveau) qu'un enfant mineur peut se marier avec le seul consentement de la mère, nonobstant l'opposition paternelle ; et surtout la loi du 19 juin 1923 qui exige le consentement de la mère pour l'adoption des enfants mineurs (art. 348 nouveau).

Le législateur, sous l'influence des idées modernes favorables à l'égalisation juridique des sexes et la pression des leaders du mouvement féministe menace les prérogatives du mari et du père : qu'il nous suffise de citer le projet déposé au Sénat le 23 juin 1932 au nom du Gouvernement par M. le Garde des Sceaux Renoult, projet qui bouleverse les règles traditionnellement admises par notre législation sur la capacité de la femme mariée et les régimes matrimoniaux (2) ainsi que la proposition de M. Besnard, député, qui abroge les art. 372 à 383 et les remplace par une série de dispositions faisant l'objet de 18 articles : L'art. 3 attribue à la mère conjointement avec le père l'exercice de la Puissance Paternelle pendant le mariage et l'art. 4 oblige l'enfant à se munir de l'autorisation de ses deux parents pour quitter le domicile paternel, sauf autorisation du tribunal ou engagement après 18 ans. Les articles suivants réglementent le droit de correction dans le même esprit, nous les retrouverons plus tard (3).

(1) Demolombe, *op. cit.*, VI, n° 295. — Laurent, *op. cit.*, IV, n° 293, opinent en faveur de la nullité des clauses dérogatoires aux droits de puissance du mari sur sa femme et ses enfants (art. 16 et 1388 C.C.).

(2) J. O., Sénat, Doc. Parl. 1932, ann. n° 594, page 947, V. sur ce projet la chronique de M. Capitant, au D. H. 1392, p. 97. Il n'est d'ailleurs pas exact comme on l'a soutenu, que le projet Renoult attribue à la mère l'exercice de la Puissance Paternelle — V. à ce sujet les catégoriques déclarations du Gouvernement à l'Exposé des motifs, p. 948, 3° col. Seul est abrogé l'art. 381.

(3) J. O., Chambre, Doc. Parl., 1909, ann. n° 2.343, p. 192. Cf. *infra*, p. 139.

B. — LE PERE EXERCE SES DROITS ABUSIVEMENT

Ainsi donc, s'il n'y a pas exercice abusif de la part du père, le droit de la mère sommeille : d'où pas de contrôle, utile de la part des Tribunaux, que le mariage soit normal ou que les époux soient séparés de fait.

Mais si le père commet des excès ? ces abus dont parlait Demolombe et qui sont de nature à compromettre la santé ou la moralité de l'enfant commun ou encore si le père en vient à se servir de ses pouvoirs et de son autorité pour faire pression sur sa femme et l'obliger ainsi par une sorte d'odieux chantage à obéir à ses volontés ? La raison, l'équité la plus sommaire sont d'accord en ce cas pour permettre à la mère d'agir, mais comment, dans quelles circonstances et dans quelles limites ?

§ I. — ACTIONS LEGALES DONNEES A LA MERE

N° 1 : DIVORCE. — SÉPARATION DE CORPS. — INTERDICTION.

Sans parler ici de la possibilité pour elle de demander le divorce ou la séparation de corps, rappelons tout d'abord que la femme a qualité pour provoquer l'interdiction de son mari (art. 490). Elle pourra donc dans les cas prévus par l'art. 489 récupérer la Puissance Paternelle par délégation complète de toutes ses prérogatives.

N° 2. — DÉCHÉANCE DU PÈRE. — SITUATION DE LA MÈRE.

Dans les cas d'abus les plus graves, la femme pourra faire prononcer la déchéance de son mari (art. 3 nouveau de la loi du 24 juillet 1889). La dévolution de la Puissance Paternelle sera réglée alors par l'art. 9.

La mère n'en exercera aucune des prérogatives de plein droit : Le Tribunal civil qui aura prononcé la déchéance du mari, dans les cas où elle est facultative, ou encore le retrait partiel de ses droits dans le cadre de la loi de 1921, statuera par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître (art. 9 par. 3, combiné avec art. 11, al. 4).

Si le père est déchu de plein droit et que la décision de la juridiction repressive soit muette sur la question, on suit la procédure des art. 4, 5, 6 et 7. Il est à noter que le Tribunal ne peut déclarer la tutelle ouverte sans que la mère soit appelée au procès, ou, au besoin mise en cause (1).

Les Tribunaux, avant de confier un mineur à sa mère dans le cas de déchéance du père, lorsque les époux vivent ensemble auront principalement à examiner si la présence continuelle de ce dernier auprès de son enfant n'aura pas pour effet de rendre illusoire la mesure de rigueur prise contre lui.

Pratiquement, toutes les fois que la mère aura le même domicile que son mari déchu, les tribunaux lui retireront la garde, sur le fondement non de son *indignité personnelle* mais de sa seule *incapacité* à l'élever hors de l'atteinte de son mari. Les statistiques sont à cet égard démonstratives : Nous lisons au *Compte Général Civil* de 1930 que 981 déchéances ont été prononcées cette année là, et que la tutelle des enfants n'a été confiée que dans 96 cas à la mère. L'Assistance Publique par contre, a recueilli 511 tutelles.

Quant à l'étendue des droits confiés à la mère, lorsqu'elle reçoit l'exercice de la Puissance Paternelle, il faut évidemment considérer ceux dont le père a été privé. L'art. 14 nouveau de la loi de 1889 apporte sur des points délicats quelques précisions : En cas de retrait total ou de déchéance, les droits de consentement au mariage à l'adoption, à l'émancipation vont aux personnes qui en seraient investies en cas de décès du père ou de la mère. Ils iront donc dans notre hypothèse à la mère. Même solution en cas de retrait partiel lorsque les droits précités seront compris parmi ceux retirés.

Mais quid si la mère, n'étant pas déchue, ne se voit pourtant pas attribuer l'exercice de la Puissance Paternelle ? La tutelle s'ouvre dans les termes du droit commun (art. 10 par. 1^{er}) s'il s'agit d'une autre mesure que d'un simple retrait

(1). Agen, 22 déc. 1895 — D., 1898, II, 184. — Les droits de la mère dit la note anonyme sous cet arrêt, ne peuvent être traités par prétérition.

partiel (1) (art. 11 al. 3), car dans ce dernier cas, les parents restent investis de la Puissance Paternelle sous réserve de la délégation judiciaire d'un ou de plusieurs droits à un tiers. Mais dans l'hypothèse de l'art. 10, le tuteur nommé dispose des droits de garde et d'éducation en même temps que du droit d'administration des biens du mineur, mais non du droit de consentement au mariage et à l'émancipation qui seront exercés conformément au droit commun (2).

On voit, dans cette série d'hypothèses, combien large et important sera le rôle du Tribunal à qui incombera naturellement le soin de décider en dernière analyse sur le sort de l'enfant au requis de la mère, du tuteur, d'un ascendant.

§ 2. — ACTION EXTRA-LEGALE DONNÉE A LA MÈRE
LE POUVOIR MODÉRATEUR

Mais, dans l'immense majorité des cas, la mère ne pourra pas ou ne voudra pas faire jouer le système de la déchéance.

Nous entrons alors dans l'hypothèse du pouvoir modérateur des Tribunaux : elle assignera son mari devant la justice et lui demandera compte de la façon dont en tel cas particulier il aura usé de ses pouvoirs, en prétendant que l'intérêt de l'enfant ou le sien propre a été compromis gravement.

N° I. — L'EXERCICE DE L'ACTION.

a) *Conditions de forme*

Posons nous la question préjudicielle, qui vient dès l'abord à l'esprit, question double au demeurant puisqu'elle a

(1) Le Tribunal peut toutefois ne pas ordonner l'ouverture de la tutelle qui est dans ce cas exercée ipso facto par l'Assistance publique qui peut remettre le mineur à des tiers (art. 11).

(2) Cf. R.P. Dalloz, V° Puiss. Pat., n° 442 et ss. — Voir Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. I, par Savatier, n° 399 et ss. — Il convient de remarquer, dans le jeu quelque peu subtil de ces mesures complexes, que même dans le cas où le Tribunal refuse à la mère non déchuë l'attribution de la Puissance Paternelle, celle-ci peut obtenir la tutelle, sans que toutefois elle puisse prétendre à l'exercer légalement.

trait à la fois à l'incapacité de la femme mariée d'ester en justice sans l'autorisation de son mari et à la procédure de la demande elle-même.

I. — Capacité d'agir :

Il va s'agir pour la femme d'actionner son mari et elle ne peut le faire, d'après les principes, qu'avec l'autorisation de ce dernier.

Nous nous trouverions dans un cercle infranchissable si la jurisprudence ne décidait que le fait par le mari de se défendre au fond contre sa femme sans soulever d'exception d'irrecevabilité vaut autorisation tacite (1) et bien souvent, sauf dans les cas où le mari veut utiliser tous les artifices légaux, il acceptera le débat sans rien dire.

Et secondement, la femme aura toujours la possibilité de demander à la justice de suppléer le consentement marital défaillant par application des art. 218 et suivants du Code Civil et 861 et suivants du C. Proc.; à cet égard et dans une espèce où il s'agissait d'une demande en pension alimentaire, la Cour de Colmar, ch. de Metz, a posé dans son arrêt tout récent du 23 mai 1933 (2) un principe intéressant : il suffit, dit la Cour, après avoir rappelé que le Tribunal jouit en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation, qu'il y ait des *doutes sur la légitimité* du refus opposé par le mari, pour que le Tribunal ait le devoir d'accorder l'autorisation nécessaire. C'est dire que la justice se montrera large pour admettre les motifs qu'allèguera la femme désireuse de demander raison à son mari de ses agissements prétendus excessifs.

II. — Procédure :

Quel est le Tribunal compétent ? Pour l'examen de la demande en autorisation, celui qui sera compétent pour connaître du fond de l'affaire, c'est-à-dire celui du domicile du mari (3).

La femme pourra-t-elle agir par la voie du référé ? Bien

(1) Paris, 16 déc. 1914 — D., 1917, II, 82. — C'est une extension de l'autorisation tacite par concours du mari à l'acte. — Douai, 15 juin 1932 — D. H., 1933, 19 janvier, Somm. 1.

(2) D. H., 1933, p. 502.

(3) D., R. P., V^o Aut. de Femme mariée, n^o 164 et 165 — Voir les autorités citées.

que cette procédure soit critiquée sous le prétexte qu'il appartient aux tribunaux seuls d'examiner s'il convient ou non de porter atteinte à la puissance paternelle, chose toujours très grave, et de plus, qu'en pareilles matières, c'est toujours le fond du droit qui est examiné (1), il ne faut pas, à notre avis, hésiter à reconnaître au juge des référés le pouvoir de principe de statuer sur de pareilles demandes, en *cas d'urgence absolue* dont le magistrat sera l'appréciateur sagace et clairvoyant. C'est tout le sens qu'il faut donner à la décision de rejet rendue par le juge des référés de la Seine (Cour de Paris) le 7 février 1924 : déboutement et renvoi au fond pour défaut d'urgence et pas davantage (2). Les décisions favorables sont nombreuses : Citons seulement la Seine, ref. 24 déc. 1910, où l'urgence n'était pas particulièrement déclarée et 23 déc. 1926 (3) ; Douai, 15 juin 1932 où le principe est nettement affirmé (4).

La jurisprudence suit, en somme, la même évolution que dans les cas de contrôle de la garde des enfants lorsque les époux sont divorcés ou séparés, (art. 303).

Lorsque le tribunal sera saisi, on aura recours à la procédure sommaire par application de l'article 404 C. Proc. Civ. et, bien entendu, l'affaire sera exposée à l'audience publique et non en Chambre de Conseil puisqu'il ne s'agit pas de mettre en mouvement un organe de la Tutuelle (5) et qu'il n'est pas question de déchéance proprement dite.

b) *Circonstances dans lesquelles l'action est exercée* *La séparation de fait*

Mais dans quelles circonstances la mère sera-t-elle fondée à déclancher le pouvoir modérateur des tribunaux ?

(1) Note signée A. L., sous Seine réf. 23 déc. 1926 — D., 1927, II, 96.

(2) Gaz. Pal., 1924, I, 511 et la note citant de nombreux auteurs et faisant ressortir que la compétence du juge des référés est très généralement admise : not. par Demolombe, op. cit., VI, n° 308. — Aubry et Rau, 5^e éd., par Bartin, t. IX, par. 550, p. 112, etc..

(3) D. 1911, V, 19 — 1927, II, 96.

(4) Arrêt précitée. *Addé* : Paris, référé, 29 janvier 1934 — Gaz Pal., 8 mars 1934.

(5) Cass. Civ. 31 Oct. 1917 — D. 1917, I, 158.

Etant donné le conflit grave qu'une contradiction des droits du père formalisée en justice révèle entre les parents, on ne peut guère supposer un état normal de mariage : un dissentiment passager entre un père et une mère qui s'entendent généralement, ne se traduit pas par un procès au grand jour. Il nous faut donc supposer, en bon sens, que les parents vivent dans une situation d'hostilité, à tout le moins de désaccord patent; et dans ce cas, l'expérience nous l'apprend, ce sont les enfants qui sont l'enjeu coutumier des querelles conjugales. L'article 302 règle leur sort dans le cas de séparation de corps ou de divorce, nous ne nous en occuperons pas; mais qu'en adviendrait-il dans le cas si fréquent, aujourd'hui de *Séparation de fait* ? La question est des plus délicates et nous devons nous y arrêter assez longuement.

La Séparation de fait est contraire, au premier chef, aux obligations qui dérivent du mariage (art. 212, 213 et 214 du C. C.), d'où il suit que, dans le principe, « les arrangements « qui ont pu être conclus en vue de la séparation et pour « l'aménager sont radicalement nuls comme procédant d'une « cause illicite. En dépit de l'accord intervenu ou de la réputation officielle, il dépend toujours de l'un des deux époux « d'exiger à un moment quelconque la reprise de la vie en « commun » (1). La jurisprudence, par application de cette idée, annule, par exemple, les donations faites pour rendre possible la séparation de fait (2).

Cependant elle admet la validité de ces clauses, lorsque l'un des deux époux ne remplit pas lui-même ses devoirs.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la femme peut obtenir de

(1) L. Jossierand - *Cours de Droit civil positif*, 1^{re} éd., I, N° 1.011.

(2) Cass. civ. 2 janv. 1907 - D., 1907, I, 137 Note Colin et S., 1911, I, 585 Note Wahl. - Cf. les thèses de MM. Richardot : *Des pactes de séparation amiable entre époux*, Paris 1930, - Vincent : *La Séparation de Fait entre époux*, Paris 1922, v. not. chap. V, p. 74 à 86. - Dauriac : *La Séparation de fait...* Paris 1924 et not. p. 106 où l'auteur ne se montre pas favorable au contrôle des Tribunaux et au transfert à la mère des droits de puissance paternelle. *Adde* : *Les Conventions de séparation amiable entre époux*, par Savatier, in *Rev. Trim.* 1931, p. 535 et not le N° 10.

se retirer chez ses parents lorsque le mari ne veut ou ne peut lui offrir un domicile convenable (1).

Nous sommes donc en présence ici d'un état de fait sinon illégal tout au moins extra-légal. Comment sur son fondement une femme sera-t-elle autorisée à agir en justice ? M. Louis Hugueney dans une dissertation au Sirey (2) justifie cette capacité exceptionnelle par un argument d'analogie tirée de l'action prévue par l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907, ainsi que par la constatation qu'un état de fait entraîne fréquemment des conséquences juridiques : tutelles de fait, sociétés de fait, concubinage (3). Il ajoute en outre que des considérations respectables de morale (la suppression de certains abus du divorce, par exemple) plaident en faveur de la consécration juridique de la séparation de fait.

c) Conditions de fond

Admettons donc la femme séparée de fait à agir contre son mari dans le cas où celui-ci aurait abusé de ses prérogatives paternelles, c'est-à-dire s'en serait servi au préjudice des intérêts de l'enfant ou dans le dessein de nuire à certaines personnes comme sa propre épouse; reste à examiner si l'action sera donnée à cette dernière indistinctement dans tous les cas de séparations.

Ici, distinguons, pour éviter une confusion qui serait facile à commettre.

Une femme, même coupable, responsable de la rupture de la cohabitation, serait recevable à faire respecter par son

(1) Lyon, 28 déc. 1922, - Gaz. Pal. Tables Quinq. 1920 - 25, V° Mariage, N° 95. - Cf. un Jug. du Trib. de Paix de Paris du 24 avril 1929 à la Gaz. Pal., T. Q., 1925-30, cod. verbo, N° 100, qui autorise la femme d'un voyageur de commerce à ne pas suivre son mari dans sa « vie itinérante ».

(2) Sous l'arrêt de Paris 8 fév. 1912 - S., 1914, II, 209, not. par 2 et 3.

(3) L'on sait de quelle sollicitude la jurisprudence la plus récente entoure les unions irrégulières : V. Rennes, 8 juillet 1931 - Gaz. Pal., 1931, II, 823. - Paris, 9 nov. 1932 — Gaz. Pal., 1933, I, 59... même dans le cas de concubinage double : Paris 18 nov. 1933 - S., II, 25 note Tortat... et même d'adultère : Trib. corr. Seine 12 février 1931 - Gaz. Pal., 1931, II, 825. - V. Josserand, *l'Avènement du Concubinat* au D. H. 1932, chronique, p. 45.

mari le devoir d'instruction depuis qu'un texte en fait une obligation légale aux deux époux (Loi du 28 mars 1882). De même, elle serait sur sa demande, entendue par le Président du Tribunal qui aurait à prendre, sur la demande du père, une mesure de correction vis-à-vis de l'enfant commun par application de l'art. 377 C. C. ; dans le cas de la correction par voie d'autorité prévue par l'art. 376, nous verrons que la pratique judiciaire a su créer de toutes pièces un système de contrôle énergique (1) : là encore, le Président entendrait la mère même coupable et s'inspirerait de ses avis s'il le jugeait opportun. C'est, du moins ainsi, que nous comprenons personnellement le jeu de cette institution, qui serait tout à fait contraire à nos mœurs dans sa rigueur écrite : nous sommes à cet égard fort éloigné du point de vue qu'un haut magistrat d'une malveillance renommée, nous recommandait un jour : appliquer, en matière de répression, les principes des Codes et n'en demander pas davantage !...

Mais, pour rester dans le domaine éminemment délicat et flottant du droit de garde, où le *père est couvert par un texte* (et c'est toute la difficulté), hâtons-nous d'ajouter qu'à l'abus *paternel* devra correspondre l'*absence de faute de la mère* : pour qu'elle puisse agir, il sera nécessaire que la séparation ne soit pas de son fait : « L'exclusivité de son droit de garde, — disent MM. Planiol, Ripert et Savatier, en parlant du mari (2), — est liée à cette communauté de vie conjugale qu'il rend impossible » ; si la responsabilité de la séparation lui incombe, plus de prééminence dans les droits de garde et d'éducation, et, par contre, la mère qui subit cette situation et n'a pas démérité, devra être mise à même de veiller sur l'enfant commun, et même d'en exercer la garde effectivement et exclusivement (3).

(1) *Infrà*, page 137.

(2) *Op. cit.*, I, N° 311.

(3) *Sic.* : Demolombe, *op. cit.*, VI, N° 371 et 375. - Cet auteur soutient qu'en cas de méconnaissance grave des devoirs paternels les Tribunaux peuvent interdire aux parents de voir leurs enfants, tout en soulignant que cette mesure lui paraît « une extrémité ». - Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e éd, par Martin, IX, par. 550, admettent que les Tribunaux peuvent confier à la mère, en cas de séparation de fait la garde de l'enfant si son intérêt l'exige impérieusement. - Labbé, *Rev. Crit.* 1883, p. 469 et ss.

Les espèces sont nombreuses et semblent calquées sur le même modèle : Sur le principe, voici deux arrêts de Paris, du 10 juillet 1855, et d'Alger, du 27 juin 1864 (1), deux jugements du Tribunal de la Seine des 6 juin 1896 et 5 avril 1911 (2), ce dernier confirmé par le célèbre arrêt du 8 février 1912 (3). Il s'agissait, ici, d'un mari qui, vivait séparé depuis quatre ans de sa femme, à qui l'enfant commun, une fillette de 17 ans, était en fait confiée, d'accord entre les époux. Pour contraindre sa femme à demander le divorce qui devait lui assurer une pleine liberté, le mari éloigna progressivement la jeune fille de sa mère, et finit par la maintenir à l'étranger. Le Tribunal et la Cour de Paris, après avoir relevé la faute du père, l'intégrité de la conduite de la mère, et souligné que l'état de chose créé par le père était nuisible à l'intérêt de la jeune fille, ordonnent la « remise » de cette dernière à la mère, règlent le droit de visite du défendeur et le condamnent à payer une pension alimentaire, au demeurant fort élevée. La Cour de Paris n'avait pas parlé de garde, mais il faut sans doute voir là un scrupule de pure forme. En réalité, c'est bien la garde de l'enfant qui est confiée à la mère avec toutes ses conséquences. Le père ne pourra rien faire qui sera contraire au dispositif de l'arrêt.

La Cour de Cassation de Florence, dans un arrêt assez ancien (4), avait déjà fait application des mêmes principes, en des termes si adéquats, que nous estimons utile de citer en entier cette espèce : « Attendu que l'arrêt attaqué constate que « la comtesse Papanti dal Borgo habite le domicile conjugal, « tandis que son mari s'en est éloigné en l'abandonnant, et en « lui imposant ainsi, une séparation qu'elle n'a pas recher- « chée ; attendu que ces faits auraient suffi à faire naître « une action judiciaire en faveur de la défenderesse relative- « ment à la garde de sa fille Eléonore, bien que les époux

(1) S. 1855, II, 677, et 1864, II, 288.

(2) Gaz. Pal., 1896, II, 377 et 1911, II, 404.

(3) S., 1914, II, 209 avec la note précitée de M. L. Hugueney et D., 1912, II, 273 avec une note assez sommaire de M. Planiol qui s'est surtout placé au point de vue de la survivance du pouvoir modérateur de la justice.

(4) 22 Juin 1882 - S., 1882, IV, 46 et S. Chron., N° 13, IV, 62.

« ne fussent pas séparés judiciairement ; qu'en effet, lorsque
« le mari vient à créer par sa faute une situation anormale à
« sa femme, on ne peut pour cela refuser à celle-ci le moyen
« juridique de pourvoir à l'éducation de ses enfants, et qu'en
« principe, la compétence du juge pour trancher cette ques-
« tion ne peut faire aucun doute ; attendu qu'en attribuant
« à la mère la garde de sa fille, l'arrêt n'a nullement méconnu
« les droits de la puissance paternelle ; qu'il prend soin d'ob-
« server qu'il ne s'agit point en la cause, de détruire la puis-
« sance paternelle, ni d'en limiter l'exercice ; qu'il s'agit seu-
« lement de rechercher si, en présence des circonstances
« particulières du procès, il convient pour le bien et dans
« l'intérêt de l'enfant, d'en confier la garde à la mère ;
« attendu, d'ailleurs, que celle-ci ne demande qu'à remplir un
« devoir imposé par la nature, par la morale et par la loi
« elle-même, le devoir de pourvoir à l'instruction et à l'édu-
« cation de ses enfants ; que, s'il plaît au mari de s'éloigner
« du domicile conjugal en abandonnant sa femme, celle-ci
« doit, néanmoins, continuer à remplir la mission qui lui est
« dévolue, dans l'espoir que le mari reviendra sous le toit
« commun, et joindra ses efforts à ceux de la mère pour
« satisfaire au devoir le plus élevé des parents, devoir que
« dal Borgo, non seulement, a négligé de remplir, mais qu'il
« s'est mis dans l'impossibilité de pouvoir accomplir, en quit-
« tant illégalement la résidence qu'il avait lui-même choisie
« pour sa femme et pour ses enfants ».

On le voit, cet arrêt résume nettement les principes en notre matière : Pas de déchéance, mais mesure de circonstance et portant sur un des attributs de la Puissance Paternelle. Triple condition à l'exercice de l'action : Intérêt de l'enfant, faute du père, conduite inattaquable de la mère. Justification juridique : La mère doit être mise à même de satisfaire à un devoir légal.



Mais, précisément, cette dernière considération ne permettrait-elle pas d'aller plus loin dans la voie ouverte par cette jurisprudence libérale : nous avons jusqu'ici envisagé l'intérêt de l'enfant comme mesure commune de toutes les

actions et nous avons admis avec les auteurs et les espèces dont il serait fastidieux de rappeler le détail, que le juge devait se préoccuper essentiellement de cet intérêt.

Mais *quid* dans les cas où il n'est pas en jeu ? Car enfin, on imagine assez aisément des situations de famille — surtout dans les classes aisées de la société — où la santé morale ou physique du mineur n'est pas davantage compromise qu'il soit confié à la garde de son père ou à celle de sa mère, étant entendu que l'autre conjoint dispose en toutes circonstances d'un droit de visite.

Au nom de quel principe supérieur d'équité privera-t-on une mère exempte de toute responsabilité dans la séparation, qui a déjà ruiné toutes ses illusions et ses rêves, blessé rudement sa dignité, détruit ses espérances légitimes de bonheur, de la présence quotidienne de ses enfants, de leur garde, alors que, suivant les termes typiques de l'arrêt de Florence précité, lui incombe un devoir rigoureux, juridique certes, mais encore plus moral, d'éducation et de direction ? Un mari coupable conserverait donc le principal avantage d'un mariage dont il aurait ouvertement violé la première obligation : le devoir de cohabitation ? Se refusant à donner à son épouse, à ses enfants même, l'atmosphère du foyer « calme et fraternel », dont parle le poète comme d'un souverain bien, il prétendrait, sous le couvert de l'art. 373, en exercer seul, ou à peu près, la garde ? et cela même si les mineurs trouvaient réellement et effectivement à ses côtés, l'exemple personnel, la direction, le bien-être qui leur sont indispensables ?

Nous faisons fléchir, quant à nous, malgré les hésitations qui s'imposent, nous ne le méconnaissions pas, les termes de la loi et la rigueur des principes et nous nous prononçons pour la solution la plus libérale.

C'est en ce sens qu'a jugé le Tribunal de Digne dans une espèce des plus intéressantes (1).

Un sieur L... est débouté de sa demande en divorce contre sa femme pour insignifiance de griefs, la femme offrant de reprendre la vie commune s'il lui était offert un logement

(1) Affaire Laugier-Janolle, 10 mai 1932 (inédit).

distinct de celui de sa belle-mère, qui était, suivant une habitude que souligne déjà Juvénal dans son immortelle 6^e satire (2), la cause des dissentiments conjugaux. A partir de ce moment, le mari irrité de l'échec de sa demande, se livre à toutes sortes de manœuvres pour forcer sa femme au divorce et reprendre sa liberté. La femme l'assigne alors pour se faire attribuer la garde des enfants communs. — Voici une partie des motifs de la décision qui fait droit à sa demande :

« Attendu qu'il est constant en doctrine et en jurisprudence que les Tribunaux peuvent intervenir pour régler l'usage de la Puissance Paternelle dans les cas où il n'y a pas lieu à déchéance ; att. que lorsque, comme en l'espèce, la séparation de fait intervenue entre les époux, est imputable uniquement à la faute du mari, celui-ci en prétendant user de son droit de garde à l'égard des enfants, ne saurait priver injustement la femme de l'un des avantages essentiels du foyer familial qu'il a délibérément déserté ; qu'il est donc mal venu à se prévaloir d'un droit qui a sa raison d'être dans la communauté de la vie conjugale, alors qu'il manque à tous ses devoirs de père de famille et qu'il a manifesté la volonté de vivre désormais en dehors des règles légales du mariage ; qu'ainsi la femme n'a pas à proprement parler à solliciter l'attribution d'un droit de garde qui lui appartient par la nature même des choses ; att. qu'en décider autrement risquerait d'entraîner les conséquences les plus choquantes ; qu'en effet, ou bien, pour obtenir la garde de ses enfants, la femme se verra, contrairement au vœu de la loi toujours favorable au rapprochement entre les époux, dans la nécessité d'engager contre son mari une action en divorce ou en séparation de corps ; ou bien, le mari ne réclamant pas la garde de ses enfants dont il se soucie peut-être aussi peu que de sa femme et à condition de ne pas contribuer à leur entretien, la femme ne pourra même pas exiger le paiement de la pension qu'elle aurait obtenue pour elle-même, sans craindre de voir son mari lui reprendre ses enfants.... »

Cette espèce est particulièrement attachante, on le voit :

(2) Vers 231-241 : *Desperanda tibi salva concordia socra...*

La puissance paternelle, le Trib. de Digne ne la démembre pas en considération de l'enfant, mais de la mère seule. Le droit est ici envisagé non dans son destinataire, mais dans son titulaire ce qui est contraire, il faut le dire, à la conception moderne de l'institution elle-même. La mère revendiquait la garde non pas spécialement pour le profit de l'enfant mais pour le sien propre ; elle demande à exercer un droit plus encore qu'à être mise à même de satisfaire à un devoir. On a vu pour quelles raisons de haute morale le Tribunal lui a donné pourtant gain de cause et il nous semble qu'à part un attendu qui pourrait être critiqué (1), sa décision et ses motifs sont à approuver, contrairement au sentiment très net de MM. Aubry, Rau et Martin (2).

Nous rapprocherons de l'espèce ci-dessus une décision rendue par le Président du Tribunal de la Seine (référé) du 24 déc. 1910 (3) où il est question d'un père qui entretient l'enfant commun à l'étranger pour en priver sa femme et l'amener ainsi au divorce.

Mais il n'est pas douteux que dans cette espèce, l'intérêt de l'enfant commandait à tout le moins qu'il fût à proximité de ses parents. La situation est bien moins nettement affirmée que dans le jugement du Trib. de Digne précité.

Dans de nombreux cas, nous trouvons à la fois retenus comme motifs et l'intérêt de l'enfant et la légitime résistance de la mère à une contrainte morale de la part de son mari, contrainte dont les enfants sont l'instrument. C'est le cas du fameux arrêt rapporté ci-dessus du 8 février 1912.

(1) L'att. qui affirme que la femme n'a pas, à proprement parler à solliciter l'attribution du droit de garde *qui lui appartient par la nature même des choses*. Il y a à notre sens ici une interprétation inexacte des principes posés par les art. 372 et 373 C. C.

(2) Op. et loc. cit.

(3) D. 1911, V, 19.

N° 2. — ETENDUE DU POUVOIR MODÉRATEUR.

a) *Droit de visite. — Garde. — Correction. — Consentement au mariage et à l'adoption*

Précisons maintenant le contenu des droits qui sont ainsi transférés à la mère, en déterminant par la même occasion l'étendue du contrôle judiciaire.

Mesure d'essentielle opportunité et de détail, la décision judiciaire n'atteindra le droit marital que dans la mesure exacte où il en aura été fait un usage malencontreux ou abusif soit au préjudice du mineur, soit au détriment de la mère. Nous sommes donc ici, par le fait même des choses, en dehors de toute théorie, dans le domaine très différencié de l'espèce: le juge appréciera *in concreto* la situation et décidera d'après les circonstances.

Parfois la mère recevra un simple droit de visite, le droit par exemple de voir son enfant dans une institution et de le faire sortir une ou plusieurs fois par mois (1). Il ne s'agit nullement du droit de garde qui reste à la disposition du père.

Mais le plus souvent les tribunaux attribueront à la mère soit la garde exclusive de l'enfant tout en réservant au père, s'il le demande, un droit de visite, comme dans la matière du divorce ou de la séparation de corps, soit certains attributs du droit de garde, affirmant une fois de plus la divisibilité de la Puissance Paternelle.

Ce dernier système essentiellement souple permet à la justice de modeler les mesures à prendre sur l'intérêt du mineur même, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. Le dernier arrêt paru à l'heure où nous écrivons ces lignes vise un cas intéressant. Il s'agit il est vrai d'un enfant naturel, mais les principes sont les mêmes. Voici la

(1) Référé Seine 23 déc. 1926 - D., 1927, II, 96. - La compétence du juge des référés paraît ici tout à fait adéquate dès l'instant qu'il ne s'agit pas d'une mesure touchant le fond du droit.

Cf. la proposition de loi Réville du 16 mars 1905 — Ch. doc. parl., 1905, ann. N° 2.315 — qui organise le droit de visite des parents pendant la séparation de fait. Le président du Tribunal statue dans les 48 heures d'une requête introduite par lettre recommandée après s'être fait renseigner par le Parquet et avoir convoqué les parties. Son ordonnance est exécutoire sur minute et assortie des sanctions de l'art. 357 C. P.

rubrique de cette espèce (1) : « Tout en maintenant à la mère
« qui, la première a reconnu l'enfant et n'a pas démerité, le
« droit de Puissance Paternelle qu'elle tient de la loi, les
« juges peuvent sans faire échec à l'art. 383 C. C., accueillir
« dans l'intérêt de l'enfant, la demande du père, tendant à
« obtenir *sinon la garde de l'enfant*, du moins la direction
« de son éducation et de son instruction en choisissant la
« maison où il sera placé, alors que son attachement pour
« son fils ne s'est jamais démenti et qu'il dispose de moyens
« pécuniaires plus certains et d'une autorité plus grande
« pour imprimer à l'éducation d'un jeune garçon le carac-
« tère de fermeté qui s'impose » (2).

Mutatis mutandis, ces principes s'appliquent à une mère qui critiquerait seulement telle ou telle mesure prise par son mari et si l'intérêt de l'enfant le commandait, la justice démembrerait les divers attributs compris dans le droit de garde pour les lui faire passer. Nous accepterons fait aisément par exemple, que la mère, se fasse attribuer le seul droit de surveiller l'éducation religieuse de son enfant à l'exclusion du père... mais sans nous dissimuler les nombreuses difficultés qu'un pareil état de choses ne manquerait pas de soulever entre des époux qui par définition ne pratiquent pas le *consortium omnis vitæ* cher à Modestin (3).

Une mesure plus radicale sera prise dans les cas extrêmes : le droit de garde sera totalement transféré à la mère, en dehors de toute déchéance :

C'est ce que décide le Trib. de Provins dans une espèce toute récente (4) sans donner au demeurant de fondement juridique à sa décision autre que l'intérêt urgent de l'enfant. Le Trib. de Lyon avait déjà le 11 juillet 1925 jugé en ce sens (5) et tout récemment le Trib. de Fontainebleau n'hésitait pas

(1) C'est celle de la Gazette du Palais qui reproduit le principal attendu de l'arrêt.

(2) Dijon 26 Oct. 1933 - Gaz. Pal., 1934, I, 12 — D. H., 1934, 14 — précité, réformant Trib. Langres 3 févr. 1933 — Gaz. Pal., 1933, I, 628 - D. H., 1933, 262 - V. *suprà* p. 32.

(3) C'est la belle définition du mariage rapportée au D., L. I., De Ritu nupt., 23, 2.

(4) 11 juillet 1933 - Gaz. Pal., 1933, II, 647.

(5) Gaz. Pal., 1925, II, 540 ; V. la note et les espèces citées.

à prononcer vis-à-vis du père, dans une espee voisine, un véritable *retrait* du droit de garde, équivalant en somme à la déchéance prévue par la loi de 1921 (1).

Mais dans cette hypothèse du transfert total à la mère du droit de garde, quelles seront au juste les attributs dont elle disposera ?

Certainement, elle disposera des droits de la Puissance Paternelle qui s'exercent sur la personne même l'enfant : choix du domicile — surveillance — instruction — éducation.

La mère réglera les visites qu'elle permettra à son enfant et surveillera sa correspondance.

Il faut également penser qu'elle pourra interdire ou autoriser la reproduction d'une photographie du mineur dans la presse : il a été jugé en effet que durant l'instance en divorce le père *qui avait la garde de l'enfant* disposait à cet égard d'un droit supérieur à celui de la mère (2). Nous appliquerons donc le même principe par analogie dans nos espèces.

Le mode des funérailles du mineur sera réglé croyons-nous, par la mère également. On sait en effet que le mineur non émancipé ne peut fixer le mode de ses funérailles nonobstant le droit restreint de disposition sur ses biens que lui accorde l'art. 904 C. C. (Loi du 15 nov. 1887, art. 3) : Il a été jugé ici encore qu'en cours d'instance en divorce, *si le père a la garde*, sa décision prévaut sur celle de sa femme (3). Comme précédemment nous appliquerons à la séparation de fait la même solution. Notons seulement que le père pourra toujours porter le débat devant la justice en se plaignant que la mère fait un usage abusif de ses prérogatives.

Mais que décider pour le droit de correction ? L'art. 376 semble être absolu dans ses termes et ne pas faire de distinctions entre les cas où le père a la garde et les cas où il ne l'a pas.

(1) 17 fév. 1933 — Gaz. Pal., 1933, I, 867. — V. Chronique précitée de M. Lagarde à la *Rev. Trim.* 1933, p. 455. - De toute évidence le Trib. n'a pas voulu faire jouer la loi de 1921, pour éviter au père les incapacités de l'art. 8 nouveau.

(2) Trib. Seine, 18 Nov. 1907 - D., 1908, V, 23.

(3) Paris 24 mars 1922 - D., 1922, II, 108 et la note signée A. L.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la correction est, de logique pure, l'accessoire de la garde et Demolombe l'avait déjà fort bien vu (1) quoiqu'il répugne, hors le cas de déchéance, à en priver le père. Il propose seulement la solution empirique suivante : le président sera averti « de l'état des choses » et délibérera en toute connaissance de cause. Dans le cas de détention par voie d'autorité (art. 376) le magistrat pourra refuser l'ordre d'écrouer sauf au père à se pourvoir contre ce refus et à provoquer ainsi une intervention directe de la justice.

Nous préférons, quant à nous, la solution plus rationnelle préconisée par MM. Planiol, Ripert et Savatier (2) : la mère même si elle n'exerce que le droit de garde, pourra faire déterminer son enfant sous la double réserve de l'art. 381 (3).

Quid du droit de consentir au mariage ou à l'adoption ?

Demolombe estime qu'ici le texte de la loi doit être littéralement interprété (4). Mais cette matière est un de celles qui ont le plus subi de changement depuis ces dernières années, le Parlement se persuadant volontiers qu'il fait preuve du libéralisme le plus éclairé en relâchant les liens de la famille et en amoindrissant son autorité. C'est ainsi que l'art. 148 a été modifié successivement par les lois des 21 juin 1907, 10 mars 1913, 17 juillet 1927 et 2 février 1933 : Hors le cas où l'un des deux parents est mort ou dans l'impossibilité de manifester son consentement : folie, absence, interdiction,

(1) Op. cit., VI, N° 403 et 404.

(2) Op. cit., I, N° 343, 344 et 345 — Cf : Aubry, Rau et Martin, op. cit., IX, p. 113 et 114 note 15.

(3) M. L. Martin, Sénateur, a déposé une prop. de loi qui a fait l'objet d'un rapport de M. le Sénateur Gouju (24 mars 1922. Doc. Parl. Sénat, 1922, N° 230, p. 237). Cette proposition modifie les art. 375, 376 et 377, C.C. en donnant des droits égaux au père et à la mère. Le Président ne statuera qu'après avoir entendu le Procureur de la République et celui des deux parents qui n'aura pas demandé la correction. L'art. 377 dans sa rédaction nouvelle donnerait un large pouvoir d'appréciation au magistrat. — Cf. la prop. Besnard, *infra*, p. 139.

(4) Op. et loc. cit., N° 106 — Cf. Jossierand, *De l'Esprit des Droits*, n° 73 — Le Code Soviétique de la Famille (art. 67) supprime toute autorisation à partir de 18 ou 16 ans suivant le sexe.

déchéance... et où le consentement de l'autre suffit, le dissentiment du père et de la mère emporte consentement. L'intervention du tribunal (que la jurisprudence avait du reste considérablement étendue par une interprétation hardie du texte légal (1) telle que la loi du 21 juin 1907 l'organisait, a disparu. M. G. Ripert, dans *La Loi* du 16 octobre 1929, a montré les résultats fâcheux de la législation actuelle (Loi du 17 juillet 1927 qui abroge l'art. 152 et modifie profondément l'art. 148) : un enfant mineur peut se marier désormais avec le seul consentement de celui de ses parents contre qui le divorce a été prononcé et qui a été privé de la garde. La nouvelle législation a pourtant rencontré un défenseur autorisé (et pour plus d'une raison) en la personne de M. Ed. Lévy (2).

Dans nos hypothèses, la mère sera donc, suivant les cas, ou toute puissante ou entièrement désarmée.

En ce qui concerne l'adoption, les solutions légales ne sont guère préférables. Les père et mère doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption (art. 348 nouv.) sauf en cas de divorce ou de séparation de corps : le consentement de celui des parents qui a obtenu à la fois le divorce et la garde des enfants suffit alors ; si cette double condition n'est pas remplie, (séparation de fait), on revient au principe : autorisation des deux parents.

C'est ici, l'ancienne réglementation du mariage qui est maintenue par le législateur : on en voit apparaître immédiatement une des plus choquantes conséquences : le parent qui n'a pas la garde et contre qui le divorce a été prononcé perdra la Puissance Paternelle sur son enfant donné en adoption par la seule volonté de son ex-conjoint.

Toute cette législation quelque peu improvisée ferme donc complètement la porte à l'intervention judiciaire, mais pour être complets nous nous devons d'en dire un mot.

b) *Le contrôle du droit d'émancipation et ses effets*

L'article 477 C. C. dispose que « le mineur même non

(1) Cass. req. 10 mars 1925 — D. H. 1925, 239.

(2) V. *La loi* des 18 Sept. et 26 Oct. 1929.

« marié, pourra être émancipé par son père, ou à défaut de
« père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de 15 ans
« révolus... »

Il semble donc, si nous mettons à part les hypothèses où le père est mort, déchu de la Puissance Paternelle, ou incapable de l'exercer, auquel cas le droit passe à la mère (1), il semble donc que le père, lors même qu'il a été privé de la garde et de l'éducation de son enfant, ne perde pas par cela seul la faculté de l'émanciper, qu'il soit tuteur ou non tuteur, remarié, ou non remarié, même s'il a été destitué de la tutelle (2).

L'art. 477 dans ses termes absolus met donc une arme redoutable entre les mains du père à qui la garde de son enfant mineur a été enlevée. Ne va-t-il pas être tenté de s'en servir pour paralyser l'effet d'une décision de justice gênante en libérant l'enfant de la mesure de garde prise en faveur de sa mère ?

Mais les Tribunaux ont-ils le pouvoir de principe de contrôler les émancipations régulièrement faites ? et ce nonobstant les termes de l'art. 477 ci-dessus rappelés ?

Demolombe n'hésite pas à se prononcer pour l'affirmative avec ce sage libéralisme duquel le vieil auteur, si souvent taxé de conservatisme excessif par les juristes contemporains, donne, nous l'avons déjà vu, de fréquentes preuves (3). Et disons tout de suite que la quasi-unanimité de la doctrine partage son avis (4). La Jurisprudence, de bonne heure, a proclamé que le père ne peut faire échec, en se servant malicieusement de l'art. 477, à un jugement ordonnant une mesure édictée dans l'intérêt d'un tiers ou de l'enfant. Et, dans la suite d'arrêts rapportés dans les recueils, on ne trouve guère

(1) Cf. l'art. 2 C. Com. qui permet à la mère d'autoriser le mineur à faire du commerce en cas d'absence ou d'interdiction du père — V. Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., I, N° 619, ainsi que les auteurs cités à la note I.

(2) Sic. : Demolombe op. cit., VI, N° 405, sur le principe. — V. Dalloz J. G., V° Minorité, N° 773 et les arrêts cités.

(3) Eod. loco.

(4) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 620. — Aubry et Rau, V° éd. par Martin I, par. 129, p. 833 texte et note 10. — Jossierand, *De l'Esprit des droits...* N° 72 et *Droit civil positif*, I, n° 339 bis.

qu'un arrêt de Bordeaux très ancien, du 14 juillet 1838 pour estimer « qu'il n'y a pas place pour le contrôle des Tribunaux dans l'exercice du droit d'émancipation, la personne « qui a le pouvoir d'émanciper n'ayant à considérer que son « intérêt privé... ». Et encore interpréterait-on cette espèce d'une manière trop stricte si l'on affirmait que la Cour de Bordeaux a entendu fermer la porte radicalement à tout contrôle modérateur, car un de ses attendus prend soin d'indiquer qu'il n'apparaît pas dans la cause que l'émancipation critiquée ait été faite « frauduleusement et pour abuser de la prétendue incapacité de la mineure » (1).

Si l'on examine dans son ensemble la jurisprudence assez rare au demeurant, on aperçoit différents courants de décisions qui révèlent un certain flottement dans la doctrine des Tribunaux.

Tantôt, l'action de la justice se produira d'une manière préventive ; elle aura dès lors pour effet d'*interdire* une émancipation dangereuse pour un mineur : telle cette décision de la même Cour de Bordeaux du 7 janvier 1852 qui fait défense au juge de paix de procéder à une émancipation jugée pernicieuse pour une mineure de 15 ans et à laquelle voulait consentir une mère destituée de la tutelle pour indignité aux seules fins d'éluder la mesure prise contre elle (2).

Voici un autre exemple particulièrement caractéristique : deux époux sont séparés et les deux enfants communs, un fils et une fille placés d'ordre de justice dans deux institutions distinctes. Le père pour se soustraire à la disposition du jugement concernant le placement, émancipe son fils âgé de 15 ans à peine. La Cour de Paris, saisie par la mère, ordonne, pour *éviter* une émancipation abusive de la fille (et en l'absence de contestation de l'émancipation du fils) que cette dernière sera confiée à la mère et placée dans un couvent et elle règle le droit de visite du père (3).

(1) S., 1839, II, 73. — Cet arrêt qui est généralement considéré comme fixant le principe, est à rapprocher d'un arrêt de la même Cour du 13 juin 1860, cité *suprà*, p. 19; qui, sur le vu des textes refuse aux tribunaux tout droit d'immixtion dans l'exercice de la Puissance Paternelle.

(2) D., 1852, II, 200.

(3) Paris, 5 juillet 1853. D., 1854, II, 67.

Tantôt, les tribunaux *annulent* l'émancipation même *régulièrement faite*, parce que l'intérêt de l'enfant regardé comme l'une des *conditions de fond* requises pour la validité de l'acte, fait défaut : En ce cas, les effets de la décision seront d'*annihiler* l'acte passé dans toutes ses conséquences, le résultat sera radical et absolu. En voici des exemples :

Une mère avait émancipé son fils mineur pour jouir avec le concours de celui-ci, mais à *son préjudice*, d'une partie de ses revenus et cela pour éluder la limitation à 18 ans de la jouissance légale. La Cour de Paris par arrêt du 4 décembre 1894 a annulé cette émancipation en constatant le *défaut d'intérêt* évident de l'enfant (1). La même Cour dans son arrêt du 14 novembre 1901 relève, à la base d'une autorisation donnée à une mineure émancipée de faire le commerce, une combinaison frauduleuse et annule l'acte pour les mêmes motifs généraux (2).

Enfin, troisième hypothèse voisine de la précédente : Un jugement ordonne que la garde de l'enfant sera confiée à la mère divorcée, séparée de corps ou de fait, peu importe en l'espèce, et le mari poussé par un mobile de fraude réalise l'émancipation que la femme attaque, comme créant une situation contradictoire avec celle du jugement ayant statué sur la garde et incompatible avec elle.

L'annulation de l'acte sera-t-il le seul moyen offert aux juges pour rétablir la situation primitive ? Ne pourront-ils se borner à restreindre les effets de l'émancipation (3) en déclarant que le père ne peut, de *son fait personnel*, se soustraire à l'ordre que lui donne une décision passée en force de chose jugée ? C'est ce qu'a jugé la Cour de Douai le 23 mars 1895 (4) ; « le droit d'émanciper, dit cette espèce, ne doit produire

(1) D., 1895, II, 484 et S., 1897, II, 73 avec l'importante note de M. A. Wahl.

(2) D., 1902, II, 238. — Dans le même sens, on cite deux arrêts de Caen. du 9 juillet 1850, rapp. au D., 1852, V, 231 et du 4 Déc. 1867, rapp. au S. chron., n° 10, II, 146.

(3) Nous supposons, bien entendu, que le premier jugement est devenu définitif au moment où l'émancipation s'est produite.

(4) S., 1897, II, 73, et S. chron. N° 18, II, 173, rapporté sous Paris, 4 déc. 1894 avec la note de M. A. Wahl.

« d'effets légaux que ceux qui peuvent se concilier avec ce
« que la justice a ordonné. » La Cour de Douai, n'avait fait
que se conformer, sans grandes recherches de motifs juridi-
ques, à ce qu'avait déjà décidé la Cour de Cassation, le
4 avril 1865 (1). « Le père » dit la Chambre des Requêtes « a
« la charge de qui avait été créé par l'arrêt prononçant la
« séparation, une obligation exécutoire, ne pouvait de son
« fait en neutraliser les effets. » En conséquence l'enfant res-
tait dans la situation de fait et de droit où l'avait placée
l'arrêt de séparation.

Il n'est pas certain que cette jurisprudence très hardie
s'appuie sur un fondement juridique sérieux, comme le fait
remarquer M. Wahl dans sa note au Sirey sous l'arrêt de
Paris précité du 4 déc. 1894. Cet auteur fait à ce système une
double critique : d'abord l'émancipation dès l'instant que la
justice en reconnaît la régularité, doit produire nécessaire-
ment ses effets pleins et par suite soustrait les enfants à la
garde du père. Comment contraindre celui-ci dès lors
« d'abdiquer et de transmettre à un tiers une garde qui ne
lui appartient plus ? ». L'exécution du premier jugement sur
la garde deviendrait *impossible* en droit et ne pourrait plus
être même tentée. Et secondement, comment admettre que la
justice force des enfants régulièrement et réellement éman-
cipés, quoiqu'ils fussent étrangers au jugement, à se mettre
sous la garde d'un tiers ? Il y a là une situation pleine de
contradictions que la Cour de Cassation a cru pouvoir résoudre
dans son arrêt du 4 avril 1865 en disant que la maxime :
« à l'impossible nul n'est tenu » ne peut être applicable à
« celui qui crée lui-même l'impossibilité qu'il allègue pour
« se soustraire à l'effet de ses obligations ». Ce raisonnement
assez spécieux en lui-même et qui ne résout certes par la dif-
ficulté au regard du père, peut avec bien moins de raisons
encore être opposé aux enfants qui n'ont pas été parties au
procès et, qui *ont le droit formel de revendiquer tous les
bénéfices de l'émancipation* et notamment le plus précieux
d'entre eux : *La liberté de la personne et du domicile !*

Le père pourrait-il, par ailleurs, être obligé à payer des
dommages-intérêts pour n'avoir pas exécuté le jugement sur

(1) D., 1865, I, 387, et S., 1865, I, 267.

la garde ? Mais à qui, dit M. Wahl, et en vertu de quel titre ? encore une fois, les enfants ne sont plus sous sa garde et partant aucun reproche ne peut plus lui être adressé...

L'argumentation que nous résumons ici est d'une force juridique incontestable et nous comprenons fort bien que la dernière espèce rapportée — à notre connaissance — un jugement du Tribunal de Marseille du 17 novembre 1921 (1) l'ait fait sienne en décidant qu'en pareil cas c'est l'annulation totale de l'émancipation qui doit être prononcée.

Nous en revenons ainsi à notre second système qui présente du moins l'avantage de la netteté et de la cohérence, mais qui nous ramène à la conception de la Puissance Paternelle qu'avait le législateur de 1889 : le système du tout ou rien fondé sur l'idée de l'indivisibilité des droits du père et nous ne pouvons nous empêcher de penser que M. A. Wahl sans avouer ses préférences d'une manière nette, n'était peut être pas si favorable aux nouvelles conceptions qui devaient prendre corps d'une manière définitive dans la loi du 15 novembre 1921.

Si l'on admet pourtant la divisibilité des divers droits composant la Puissance Paternelle, si l'on accepte de faire l'application de cette conception à la théorie de la déchéance, pourquoi ne pas aller jusqu'au bout et ne pas admettre que le droit d'émancipation que les auteurs modernes rattachent spécialement au droit de garde, ne puisse également se démembrer ?

Quel inconvénient verrait-on au système suivant lequel chacun des parents pourrait émanciper l'enfant relativement aux attributs de la Puissance Paternelle dont l'exercice lui serait confié ? (2).

Dans nos espèces la mère qui exerce la garde, aurait seule qualité pour émanciper l'enfant quand aux droits sur

(1) D., 1922, V, 13 et Gaz. Pal., 1921, II, 542 avec la note et les espèces citées. Cette espèce est remarquable parce que le débat se trouvait circonscrit, hors la présence du père émancipateur, entre la mère et le fils émancipé qui l'actionnait en paiement d'une pension alimentaire destinée à lui permettre de continuer ses études. Le Tribunal déclare l'acte d'émancipation nul et de nul effet et irrecevable, en conséquence, l'action du mineur.

(2) Cf. : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., p. 655, note I.

la personne, le père ne conservant que le droit d'émancipation relativement aux biens. Nous ne croyons pas que ce système se heurte à une impossibilité légale ou juridique quelconque et nous pensons que c'est peut-être en ce sens que pourrait être recherchée la solution de tous ces regrettables conflits de famille.

C. — LE PERE EST HORS D'ETAT D'EXERCER TOUT OU PARTIE DE SES DROITS

Nous nous sommes, jusqu'à présent, toujours placés dans les cas où le mariage existant, le père et la mère se trouvaient en présence l'un de l'autre et en conflit déclaré ou latent. Mais puisque nous étudions ici les droits de la mère, alors que l'union conjugale n'est pas dissoute, nous estimons devoir pour être complets, dire un mot de diverses situations particulières où la femme va se trouver investie de l'exercice des droits de puissance parce que son mari est *hors d'état d'exercer lui-même ces droits* (1) ; ce qui peut se produire soit parcequ'il est interdit légalement ou judiciairement, interné sans être interdit, absent, disparu. La loi n'a d'ailleurs prévu que le cas d'absence dans l'art. 141 C. C.

INTERDICTION LÉGALE. — On sait que l'interdiction légale est aujourd'hui l'accessoire obligé de toute condamnation contradictoire à une peine afflictive et infâmante temporaire (C. P. art. 29) ou perpétuelle (Loi 31 mai 1854 art. 2). L'on reconnaît généralement à l'interdit légal l'exercice de certains droits attachés à la personne, tels que ceux de se marier, de reconnaître un enfant naturel, de tester, mais il ne peut exercer les droits attachés aux puissances maritale et paternelle qui ne lui sont pas définitivement enlevés, du moins dans le cas d'une peine temporaire, mais qui sont suspendus. La mère en recevra la délégation complète ipso facto par le simple jeu des dispositions de l'art. 372. Au regard du droit de correction la plus importante des prérogatives attachées à

(1) De telle sorte qu'il est possible de dire que dans ces différents cas encore, il y a conflit au moins théorique et partiel entre les pouvoirs du père et ceux de la mère.

la Puissance Paternelle, elle se trouvera bien entendu, dans l'obligation de respecter l'art. 381. Seule est en discussion la question de savoir, étant donné les termes restrictifs de l'art 384 C. C., si le droit de jouissance légale passe à la mère. MM. Aubry, Rau et Bartin soutiennent la négative (1).

INTERDICTION JUDICIAIRE. — Nous en avons déjà parlé au début de ce chapitre. Ici encore, délégation complète à la mère (2).

INTERNEMENT. — Il arrive fréquemment qu'une personne soit internée sans être interdite. Sa capacité juridique reste en ce cas indécise. Il faut penser avec Taudière, fréquemment cité en cette matière (3) et les auteurs modernes, que la mère exerce par délégation l'autorité paternelle avec toutes les prérogatives qui y sont attachées. Taudière ajoute — et ceci a pour notre étude, de l'intérêt — que dans le cas où le père n'est ni interdit ni interné, il appartient aux Tribunaux d'apprécier au regard de l'état de ses facultés intellectuelles, s'il convient de le laisser agir, du moins dans les cas graves. Soulignons encore ici le rôle important qui pourra être dévolu à la justice qui sera érigée en arbitre souverain des désirs ou volontés des père et mère.

QUID DE LA DÉGRADATION CIVIQUE ? — C'est là une peine criminelle prévue par l'art. 8 du C. P., tantôt principale, tantôt accessoire, mais elle est indivisible (art. 34 C. P.) et perpétuelle quand elle est l'accessoire d'une peine temporaire sauf amnistie, réhabilitation, révision du procès.

Il est à remarquer que comme la peine correctionnelle complémentaire de l'interdiction des droits (art. 42 C. P.), elle entraîne la privation de la Tutelle mais non de la Puissance Paternelle. La femme devra donc tenter par une autre voie

(1) Op. cit., IX, par. 550 p. 111. — Cf. : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., N° 312, p. 367 note 4 et p. 368 note I, avec les arrêts et les autorités citées.

(2) Orléans, 9 août 1817, D., J. G., V° Interdiction, n° 164. — MM. Aubry, Rau et Bartin, *cod. loco*, font les mêmes réserves. — MM. Planiol, Ripert et Savatier, *eod. loco*, concluent à la délégation complète.

(3) Op. cit., p. 101 et 102.

qui sera généralement celle de la loi du 15 novembre 1921, de se faire remettre la garde de ses enfants, si elle entend que son mari n'en dispose plus.

ABSENCE, DISPARITION. — Ici, nous avons un texte : c'est l'art. 141 C. C., qui prévoit que, si le père a disparu laissant des enfants communs, la mère en aura la surveillance et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. La mère prendra dans cette hypothèse l'exercice de l'autorité paternelle sans aucune formalité. La mère exercera le droit de correction comme il est dit dans l'art. 381 pour le cas de veuvage et, du moins d'après l'opinion dominante, le droit d'émancipation (1).

Depuis la loi du 7 février 1924 qui a modifié l'art 149 C.C. la mère pourra donner un consentement valable au mariage de son enfant mineur en respectant les formalités prévues par cet article.

Bien entendu, la femme exercera tous ces droits sous le contrôle de la justice. C'est ainsi qu'il a été jugé que sans attendre même une déclaration régulière d'absence du père, le Tribunal peut reconnaître la présomption d'absence à tel moment qu'il lui paraît nécessaire de le faire et décider que la mère, substituée au père, a qualité pour exercer une action en vue d'obtenir réparation du préjudice causé à l'enfant mineur (2) : La mère aura, au moins depuis la déclaration d'absence rendant possible l'envoi en possession provisoire, le droit de jouissance légale (art. 123 C. C.).

Nous avons signalé au début de ce chapitre que le décret transitoire du 14 déc. 1870 et la loi du 3 juillet 1915 avaient organisé pour la durée des deux guerres le transfert à la mère de l'exercice de la Puissance Paternelle sous certaines conditions : urgence reconnue en justice, obligation de se conformer

(1) Sic : Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, N° 619 note I, et les autorités citées.

(2) Trib. d'Aix, 21 janvier 1924 — D. H., 1924, 176. — Le Trib. de Nancy avait déjà jugé le 5 août 1907 — D., 1908, V, 13 — que la femme mariée dont le mari a disparu est recevable à former contre un tiers une action en réparation du préjudice causé à son enfant mineur par la faute de ce tiers.

aux directives laissées par le père (cette dernière condition imposée d'ailleurs par la jurisprudence) (1).

APPENDICE : DES MARIAGES PUTATIFS

Bien que nous nous placions dans une hypothèse qui sort, *stricto sensu*, du cadre de notre étude, nous pensons devoir nous arrêter un moment sur le régime de la Puissance Paternelle dans le cas d'un mariage putatif.

Nous ne rappellerons pas les principes qui régissent cette institution directement issue du droit canonique (2), nous bornant à en résumer comme suit les effets incontestés : Si les deux époux étaient de bonne foi, le mariage putatif produit vis-à-vis d'eux et vis-à-vis des enfants les effets d'un mariage légitime avec toutefois cette différence que, pour les enfants, la condition résultant du mariage putatif est définitive et ne varie pas tandis que la condition des conjoints est temporaire : seuls sont maintenus les effets antérieurs à la déclaration de la nullité : dans les deux cas néanmoins la situation est à peu près la même que s'il y avait eu, non pas nullité, mais dissolution.

Si l'un des deux époux est seul de bonne foi, le mariage ne produit des effets civils, dans le passé, qu'en sa faveur et non en faveur de l'époux coupable (art. 202 C. C.). Mais les enfants continueront à bénéficier de la légitimité, comme dans le premier cas. Il est même jugé que les enfants légitimés par le mariage annulé ou considérés comme légitimes parce que nés dans les 180 jours du mariage, sont maintenus dans l'état d'enfants légitimes (3). S'il s'agit d'enfants adultérins légitimés par le mariage annulé, au moment de sa célébration conformément à l'art. 331 C. C., la solution devrait

(1) V. *suprà*, p. 36.

(1) V. *suprà*, p. 32.

(2) En dehors des développements que lui consacrent tous les Traités, on peut consulter utilement la note de M. Marcel-Ed. Cuq sous Nîmes, 27 oct. 1919 au S., 1922, II, 33.

(3) V. l'arrêt Degas : Cass. Civ., 8 janvier 1930 — D., 1930, I, 51 et la note signée G. B.

être la même (1). Il n'est pas douteux que la notion de mariage putatif s'est développée dans notre droit privé dans le plus grand esprit de libéralisme surtout vis-à-vis des enfants qui deviennent les grands bénéficiaires des mariages annulés.

Mais comment va s'exercer la Puissance Paternelle sur ces enfants, dont les parents ne sont pas mariés et vont vivre hors de tout lien et peut-être fort loin l'un de l'autre ?

M. Josserand semble ne pas apercevoir les réelles difficultés que pourtant ne va pas manquer de soulever cette situation assurément paradoxale : du fait que les enfants sont légitimes *définitivement*, il infère qu'ils sont soumis à la Puissance Paternelle *dans les termes du droit commun* (2).

Qu'est-ce à dire ? sans distinguer si les deux époux ou l'un d'entre eux, seulement, étaient de bonne foi ? mais nous savons qu'à l'encontre de l'époux coupable la nullité rétroagit, que le mariage n'est censé être dissout et non annulé que si la bonne foi est bilatérale... l'on voudrait ainsi qu'au regard des droits si importants sur les enfants communs, l'époux de mauvaise foi, à l'encontre de *qui*, en somme, a été prononcée la nullité du mariage, possédât les mêmes prérogatives que l'époux innocent ? Du fait que l'enfant jouit dans tous les cas, du statut de l'enfant légitime, est-on logiquement et nécessairement conduit à affirmer que les personnes investies de la Puissance Paternelle sur lui devront l'exercer *comme en mariage légitime* ? MM. Aubry, Rau et Bartin distinguent avec raison, selon nous, les effets quant aux enfants et les effets quant aux parents : ces auteurs écrivent catégoriquement que « l'époux de bonne foi conserve sur la personne et sur les « biens de ses enfants tous les droits qui découlent de la « paternité et de la maternité légitimes. L'époux de mauvaise « foi en est, au contraire, privé » (3) — MM. Planiol, Ripert et

(1) Cass. civ. 19 nov. 1923 — D., 1924, I, 137 note Savatier — en ce sens Aubry et Rau, V^e ed. par Bartin, VII, par. 460, p. 69, note 12 bis — Josserand, *Droit civil.*, I, N^o 865 — Planiol et Ripert, *Traité prat.* t. II, par Rouast, n^{os} 326 et 327 et t. XIV, additions, page 30.

(2) Op. et loc. cit.

(3) Op. et loco, cit., p. 75.

Rouast (1) se demandent si l'époux de mauvaise foi *perd* la Puissance Paternelle et ils ajoutent qu'il est difficile de l'admettre soit en raison de l'obligation d'assistance du mineur, soit en vertu de l'art. 384 C. C. — Mais il est hors de doute que l'époux de mauvaise foi est et demeure, nonobstant la nullité du mariage, *investi* de la Puissance Paternelle aux termes du droit naturel le plus élémentaire ; toute la question est de savoir qui l'exerce. Nous ne pensons pas que MM. Aubry, Rau et Bartin veuillent dire autre chose dans le passage que nous venons de transcrire. Si nous en croyons la rédaction de M. Josserand, ce serait le père dans tous les cas (argt. des mots : « soumis à la Puissance Paternelle dans les termes du droit commun ») et c'est ce que nous ne pensons pas pouvoir admettre.

Il nous apparaît que les solutions véritables découlent naturellement de l'examen des trois seuls cas qui peuvent se présenter :

1° LA MÈRE SEULE EST DE BONNE FOI. — L'enfant est légitime, en ce qui le concerne : état, droits successoraux, etc... Le mariage est dissout au regard de la mère et annulé rétroactivement au regard du père.

Dans leurs rapports avec leurs enfants au point de vue de la Puissance Paternelle, nous envisagerons en conséquence la mère comme mère légitime et le père comme père naturel. Tous deux sont investis (art. 372 et 384) mais comme il y a conflit entre une paternité naturelle et une maternité légitime (sans avoir à faire jouer l'antériorité éventuelle d'une reconnaissance) il est dans l'esprit du Code d'accorder la préférence à la légitimité. La mère dans notre espèce *exercera* les attributs de la Puissance Paternelle, sauf au père *investi* à recourir à justice en cas d'abus (2).

(1) Op. cit., N° 322.

(2) Il faut reconnaître aux Tribunaux en vertu des principes mêmes, que nous avons exposés longuement au cours de ce travail, le droit d'intervenir dans l'hypothèse que nous envisageons comme en tout autre. — En ce sens : Planiol et Ripert op. cit., t. I, par Savatier, N° 313 — Contrà : même ouvrage, t. II, par Rouast, N° 332. L'arrêt de Nîmes du 27 oct. 1919 rapp. au Sirey 1922, II, 33 avec la note Cuq, cité par ces deux auteurs, ne semble pas viser le contrôle judiciaire.

2° LE PÈRE SEUL EST DE BONNE FOI. — Le même raisonnement s'appliquerait si, légalement désigné pour exercer la Puissance Paternelle, de préférence à la mère investie d'un droit d'un potentiel juridique égal au sien par l'art 373, il ne semblait à fortiori préférable dans le cas que nous envisageons. De toutes manières, sa paternité légitime primerait la maternité naturelle de la mère même antérieurement déclarée. Nous reconnaitrons à la mère le même droit de recours à la justice que si elle était mariée.

3° LES DEUX ÉPOUX SONT DE BONNE FOI. — Ils sont parents légitimes tous les deux. L'antériorité d'une reconnaissance éventuelle ne se pose pas, et pas davantage l'art. 383, al. 2 ne pourrait jouer ; d'autre part, l'art. 373 est inapplicable, car il *n'y a plus* mariage. Voici la solution à notre avis : considérant le mariage comme dissout et les ex-conjoints comme divorcés, nous appliquerons l'art. 302 et nous chargerons le Tribunal de dire, à défaut d'entente entre les parents, celui des deux qui exercera la garde. Les solutions ordinairement acceptées dans le cas de divorce ou de séparation trouveront ici leurs applications. Les deux parents seront, par conséquent, placés sous le contrôle permanent de la justice pour tout ce qui touchera à la garde et l'éducation de leurs enfants mineurs.

Section II

CONFLITS ENTRE PARENTS ET ADOPTANTS

A. — L'ART. 352 C. C. ET LES CONTROVERSES DOCTRINALES

L'ancien Droit Français ne connaissait pour ainsi dire pas l'adoption, et même les provinces de droit écrit où subsistaient pourtant si vivaces les règles et l'esprit du Droit Romain n'en offraient que de rares exemples : On peut trouver une raison plausible à la décadence d'une institution qui fut une des colonnes de la Société Romaine dans ce fait que dès le xvi^e siècle, elle ne conférait plus aucun droit de succession. L'époque révolutionnaire avec son goût, qui fait sourire aujourd'hui, de l'imagerie antique, rétablit l'adoption dans son principe, mais sans doute, n'eut-elle pas été maintenue dans le Code Civil si la section de législation du Conseil d'Etat ne l'avait pas fait introduire dans le projet en préparation, sous la pression, vraisemblablement intéressée, de Bonaparte (1) ; il est certain à cet égard, que le premier Consul insista vivement pour que l'on calqua la filiation adoptive sur la filiation légitime ; il ne réussit pourtant pas à vaincre les répugnances des commissaires pour cette assimilation des droits civils et des droits naturels dans un domaine quasi-sacré et finalement l'adoption ne se trouva produire que des effets restreints, que l'on peut résumer à ces deux principaux : la transmission du nom (art. 347) et le droit de succes-

(1) Fenet, X, p. 288.

sibilité sur les biens de l'adoptant (art. 350). Il était par contre précisé dans l'art. 348 que l'adopté restait dans sa famille naturelle ; l'autorité paternelle ne se trouvait pas déplacée dans son principe : au demeurant, comme seule l'adoption des majeurs de 21 ans était permise, la question n'avait que fort peu d'intérêt, si ce n'est en ce qui concerne le consentement au mariage (1).

Le résultat pratique de cette législation compliquée dont nous n'avons pas à faire ici l'analyse, fut le nombre très restreint d'adoptions pendant un siècle : la moyenne annuelle en fut inférieure à cent jusqu'en 1906, et fut de cent de 1906 à 1910. Le nombre s'en éleva à 123 en 1913 (2).

A la suite de la guerre la nécessité d'une réforme apparut en suite de la multiplication des familles malheureuses et des orphelins. Ce fut l'œuvre quasi exclusive de la Société d'Etudes Législatives qui fit aboutir la loi du 19 juin 1923 (3) refondant complètement le titre VIII du Livre 1^{er} (art. 343 à 371) : La tutelle officieuse disparaissait ainsi que l'adoption rémunératoire qui n'avait plus de raison d'être avec la simplification nouvelle des conditions de forme et de fond ; l'adoption n'était plus irrévocable et, enfin, elle devenait possible aussi bien en faveur des mineurs que des majeurs. Comme corollaire, le législateur dû, tranchant dans le vif, prendre position sur la question de la Puissance Paternelle : qui donc allait en être investi ? Le père légitime ou le père adoptif ? La Société d'Etudes Législatives sentit la difficulté et s'efforça de la résoudre. Nous allons voir, car c'est là l'unique objet de la présente étude, qu'elle resta loin de son but et que dix ans après le vote de la loi, les controverses

(1) Les projets antérieurs transportaient aux adoptants la qualité de parents légitimes et le tribunal avait même proposé d'ajouter à l'art. 347 une disposition aux termes de laquelle l'adoptant exerçait sur l'adopté l'autorité des père et mère. — V. Locré, *Lég. Civ.*, t. VI, p. 437 et 588.

(2) Chiffres cités par Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, N° 1570 et par Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, N° 1005, note I.

(3) D., 1923, IV, 257 et l'important commentaire de M. Rouast. — Cette loi a provoqué un mouvement favorable aux adoptions qui se sont élevées d'après le *Compte Général Civil* aux chiffres de 1179, en 1927, et 1297, en 1930.

demeurent vives : il n'y a donc pas que les commissions parlementaires pour élaborer des textes incomplets ou obscurs et voici pour nos assemblées législatives l'occasion d'une revanche, à tout le moins d'un argument sérieux en faveur de leur prééminence technique !...

Mais voyons d'abord les textes. La difficulté gît dans l'art 352 ainsi conçu : « L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. Néanmoins, l'adoptant est seul investi des droits de la puissance paternelle à l'égard de l'adopté, ainsi que du droit de consentir au mariage de l'adopté. En cas de disparition judiciairement constatée ou de décès de l'adoptant survenu pendant la minorité de l'adopté, la puissance paternelle revient de plein droit aux ascendants de celui-ci ».

A première vue, ces dispositions paraissent fort claires : Les droits de Puissance Paternelle sont transférés à l'adoptant qui les exerce à l'exclusion du père (1) et il est à croire que si les rédacteurs de cet article n'avaient pas cru devoir ajouter le membre de phrase « ainsi que du droit de consentir au mariage de l'adopté », ce qui était peut être inutile, comme nous allons le voir en parcourant les travaux préparatoires à la Société d'Etudes Législatives, la doctrine n'aurait pas été divisée comme elle l'est à l'heure actuelle et la jurisprudence ne se serait pas engagée de son côté, dans une voie, selon nous, hasardée.

Eclairons-nous par les déclarations mêmes des auteurs de la Loi.

Voici M. Ed. Lévy, rapporteur, qui déclare en 1920 à ses collègues de la Société : « Nous transmettons intégralement à l'adoptant tous les pouvoirs de la puissance paternelle, y compris — voilà le point le plus épineux — le droit de consentir au mariage de l'adopté » (2). M. le Conseiller Tissier, président de la Commission, ajoute : « Nous avons considéré que le lien de la filiation adoptive était plus fort, peut-

(1) M. Savatier dans *Rev. Crit.* 1927, p.406, accorde une importance toute particulière au mot : « seul » (investi).

(2) *Bulletin Soc. d'Et. Lég.*, 1920, p. 91.

« être, que le lien qui rattache l'enfant à sa famille naturelle (1) » et voici le corollaire immédiat de cette proposition qui réalisait si pleinement le vœu de Bonaparte : « si l'adoptant refuse le consentement au mariage et si les parents le donnent, l'adopté attendra jusqu'à 21 ans » et nous notons ici une approbation de la part de M. Capitant (2).

Que faut-il conclure de ces déclarations catégoriques de juristes aussi qualifiés que MM. Tissier, Capitant et Lévy ? que l'intégralité des droits de la Puissance Paternelle passe à l'adoptant *y compris*, et c'est sans doute le sens pléonastique de l'« *ainsi que* » de l'art. 352 qui a déclanché tant de polémiques, le droit de consentir au mariage, souligné par le consciencieux et minutieux juriste qu'est M. Lévy, d'une façon particulière, en raison de l'importance pratique de cette disposition, qui est de nature plus que de droit de garde ou de correction, à dresser l'un contre l'autre parents légitimes (pourquoi dire : *parents naturels* ?) et adoptants.

Tel n'a pas été l'avis de M. le professeur Rouast qui commenta la loi du 19 juin 1923 au Dalloz (3). Pour lui, les seuls droits qui passent à l'adoptant sont ceux qui sont compris au titre IX : c'est dire le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. Il refuse donc à l'adoptant l'administration légale et tutélaire ainsi que le droit d'émancipation et il fonde son opinion sur les arguments suivants :

Tout d'abord les attributs qu'il refuse à l'adoptant ne sont pas expressément rattachés par le Code à la Puissance Paternelle, ils n'en font partie qu'au sens large du mot ; il tire ensuite son argument le plus décisif de la rédaction même de l'art 352 : le malencontreux « *ainsi que* » qui semble limiter les droits transmis à ceux qui sont déterminés dans les art. 372 à 388 puisqu'*en sus*, il accorde le droit de consentir au mariage, mais surtout M. Rouast rappelle que le nouveau

(1-2) eod. loco, p. 118.

(3) D., 1923, IV, 259, col. 1-2. — M. Rouast a développé sa façon de voir dans trois dissertations au Dalloz : D., 1924, II, 161. — D., 1926, II, 129. — D., 1928, II, 87 — et l'a résumée dans Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., N° 1043 en opposition avec l'opinion exprimée par M. Savatier dans le même Traité, I, N° 315 et à laquelle se range M. Jossierand, *Droit Civil*..., I, N° 1308.

texte maintient l'adopté dans sa *famille naturelle* en apportant à ce principe *une dérogation* : le transfert de la Puissance Paternelle à l'adoptant (argt. du mot : néanmoins). Cette dérogation doit être interprétée restrictivement par voie de conséquence des plus logiques.

M. Rouast, en ce qui concerne les discussions de la Société d'Etudes Législatives et les déclarations de MM. Tissier et Lévy que nous avons rapportées ci-dessus et auxquelles nous nous permettons d'attacher de l'importance, se borne à déclarer qu'elles sont « très vagues... et que d'ailleurs il convient « de ne pas exagérer l'importance des opinions exprimées au « sein d'une société privée où le texte a été préparé sans aucun mandat de législateur ». C'est faire peut-être un peu trop bon marché des discussions d'hommes particulièrement qualifiés et dont les délibérations ont finalement abouti aux textes qui ont été adoptés par le Parlement...

Nous ne prétendons assurément pas ici nous élever contre les assertions d'un auteur dont l'opinion a eu une fortune éclatante puisque, nous le verrons, la quasi-unanimité de la jurisprudence l'a suivi presque sans discussion (1), et nous ne soutiendrons pas davantage que les textes de la Société d'Etudes Législatives ne prêtent pas à équivoque tout comme une ordinaire rédaction parlementaire ; mais nous avouons ne pas être entièrement convaincu par une argumentation qui repose sur un mot dont le sens est assez troublant, nous le voulons bien, le « néanmoins » et sur une autre expression : « ainsi que » dont nous avons expliqué plus haut le sens pléonasmatique, sur la foi même des juristes qui l'ont employé.

Quant à la distinction entre la Puissance Paternelle au sens large et à la Puissance Paternelle au sens étroit, nous n'en voyons pas les frontières précises. Nous avons montré, par exemple, en traitant ci-dessus (p. 61) de l'émancipation qu'il fallait rattacher étroitement cette institution à la Puis-

(1) Le Trib. de Boulogne, le 23 avril 1926 — D. H., 1926, p. 391 — a même cru devoir refuser à l'adoptant la jouissance légale. Il est vrai que ce jugement se borne à une affirmation sans motifs.

sance Paternelle dont elle est une prérogative essentielle et même au droit de garde (1).

D'autre part, si on ne limite pas les droits transmis à l'adoptant à ceux sur la personne du mineur, et si — comme c'est l'opinion générale, mis à part le Trib. de Boulogne dont le jugement est ci-dessus rapporté — on y comprend aussi la jouissance légale, pourquoi, nous voulons dire : pour quelles raisons logiques, exclure l'administration légale ?

M. Savatier fait observer (2) à ce propos, qu'il est peu rationnel de laisser le père légitime administrer dans l'intérêt de l'adoptant. De prime abord, l'argument frappe, mais il ne faut cependant pas oublier que d'après l'art. 358, second alinéa, les biens de l'adopté reviennent à ses parents légitimes s'il meurt sans descendance sauf le droit de retour de l'adoptant.

En second lieu, la situation paradoxale en apparence, signalée par M. Savatier, existe toutes les fois que les deux droits de jouissance et d'administration légale sont dissociés : cas de la mère survivante qui refuse la tutelle (art. 384 et 394) et cas, moins souvent cité, et plus fréquent, de l'époux divorcé qui n'a pas la garde des enfants bien que le divorce ait été prononcé à son profit exclusif (art. 386 et 389, al. 3).

La question se complique encore avec la critique que fait M. Rouast des idées de M. Savatier concernant la question de savoir si l'adoptant aurait en définitive l'administration légale ou la tutelle. Écoutons cet auteur (3) :

« M. Savatier propose (op. cit.) de lui remettre (à l'adoptant) l'administration légale quand l'enfant était soumis

(1) Sic. : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., N° 301 et 619. — Voyez : Demolombe, op. cit., N° 269-270 — Les textes eux-mêmes mêlent les deux sens. C'est ainsi que l'article premier, al. premier de la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance englobe tous les droits et pouvoirs des parents. Notons que si le père conservait le droit d'émanciper un enfant adopté, il arriverait ainsi à neutraliser les effets de l'adoption à laquelle il aurait lui-même concouru. — Cf. l'intervention de M. G. Ripert à la Soc. d'Et. Législ., *Bulletin*, loc. cit., p. 153.

(2) Op. cit., N° 315.

(3) D. 1926, II, 130, 2° col.

« à ce régime avant l'adoption : il invoque la surveillance
« que les parents naturels ne manqueront pas d'exercer sur
« la gestion de l'adoptant, surveillance analogue à celle
« qu'exerce la mère sur l'administration légale du père.
« L'analogie est contestable, car les parents ne vivent pas au
« foyer de l'adoptant et ils n'auront donc pas de moyens de
« contrôle sur sa gestion. Cet argument conduit d'ailleurs
« l'auteur à une contradiction singulière : il maintient à
« l'adoptant l'administration légale, tant que vit un des deux
« parents et il ne lui substitue la tutelle que lorsqu'ils sont
« morts l'un et l'autre, parce que ce n'est qu'à ce moment
« que l'adoptant est désormais privé de contrôle ; mais, par
« ailleurs, il décide que si la tutelle de l'adopté était déjà
« ouverte lors de l'adoption, l'adoptant ne pourrait pas recevoir
« l'administration légale, celle-ci étant définitivement éteinte ;
« pourtant l'enfant peut avoir encore un de ses parents
« vivants apte à surveiller la gestion de l'adoptant. Tout cela,
« conclut M. Rouast, démontre bien le caractère arbitraire de
« la thèse qui fait produire à l'adoption un effet en ce qui
« concerne le régime des biens de l'adopté mineur ; en l'ab-
« sence de textes, la seule solution sûre consiste à maintenir
« aux père et mère l'administration légale ou la tutelle, sauf
« à leur imposer de verser à l'adoptant les revenus des biens
« de l'adopté auxquels il a droit en vertu de sa jouissance
« légale... ». Et M. Rouast propose en définitive que le législa-
teur intervienne pour combler une lacune importante des
textes et accorder à l'adoptant « la tutelle mais non l'admi-
« nistration légale, car il est inadmissible qu'il ait plus de
« droits que le père ou la mère survivante » (1).

Nous croyons agir sagement en nous bornant à rappeler ces controverses. Nous avons déjà laissé entrevoir que nous inclinierions vers la solution extensive, comme étant plus conforme à la pensée des véritables auteurs de la loi, les juristes de la Société d'Etudes Législatives, tout en reconnaissant que les textes laissent une place trop grande à la discus-

(1) M. Savatier a répliqué à M. Rouast dans *Rev. crit.*, 1927, p. 403. Cet auteur maintient ses points de vue en se fondant sur les arguments fournis par la discussion à la *Société d'Et. Législatives* et — nous l'avons vu — *suprà* p. 71 — sur les mots : *seul investi...*

sion et souhaitons qu'on en arrive rapidement aux seuls armistices possibles : un remaniement des art. 352 et suivants avec le minimum d'ambiguïté.

B. — LA JURISPRUDENCE

Nous verrons précisément, tout à l'heure, la nature des réformes proposées, mais auparavant, jetons un coup d'œil sur la maigre jurisprudence qui s'est instituée sur notre matière et dont l'intérêt disparaît assurément, devant les discussions doctrinales et notamment la brillante argumentation de M. Rouast dont elle n'est, en somme, que le reflet.

Le premier arrêt de Cour d'Appel qui paraît avoir statué sur la portée de l'art. 352 est un arrêt de la Cour de Lyon du 27 juin 1925 (1) qui décide, au moins implicitement, que l'adoption d'un mineur par le second mari de sa mère n'a pas pour effet de transférer la tutelle à l'adoptant : celui-ci devient simplement co-tuteur de sa femme ; le Trib. de Versailles avait déjà jugé les 16 et 31 octobre 1923 que le tuteur conservait la tutelle après l'adoption (2).

La jurisprudence avait ainsi pris position sur la portée restreinte de l'art. 352 : l'adoptant ne disposait pas du droit de gérer les biens de l'adopté. Elle se développe dans ce sens rigoureux : le Trib. de Boulogne, par deux jugements des 23 avril 1926 et 26 mars 1927 (3) décide que la mère adoptive n'a même pas la jouissance légale ; que les droits transférés étant uniquement ceux compris au titre IX, l'adoptant n'a pas l'administration légale et ne peut désigner un tuteur testamentaire à l'adopté et que l'adoption du pupille ne met pas fin aux fonctions du subrogé tuteur. La Cour de Douai proclame les mêmes principes le 22 février 1928 (4) et le 9 janvier 1933 le Trib. de la Seine accepte que l'adoptant d'un enfant naturel non reconnu fasse nommer un tuteur et un

(1) D., 1926, II, 129, note Rouast.

(2) D., 1924, II, 161, note Rouast.

(3) D. H., 1926, 391 et D., 1928, II, 87, note Rouast — Le premier de ces jugements, nous l'avons précédemment souligné, n'est pas motivé.

(4) Gaz. Trib., 22 mars 1928, note E. Lévy.

subrogé-tuteur affirmant ainsi son défaut de vocation légale à la tutelle et la coexistence possible de la tutelle et de la Puissance Paternelle de l'adoptant (1).

On peut donc dire que la jurisprudence est fixée désormais dans le sens restrictif : les parents légitimes conservent après l'adoption quelques-uns des attributs importants de la Puissance Paternelle et, bien entendu, ils s'en serviront pour exercer un contrôle sur les actes de l'adoptant, la justice demeurant l'arbitre des deux camps.

Mais ce ne sont pas là les seules prérogatives dont disposeront les parents : ils conservent un droit de visite que régleront les Tribunaux (2) et pourront sans doute pour des « motifs très graves » demander la révocation de l'adoption en conformité de l'art. 370, lorsque l'adopté aura moins de 16 ans. Si l'adopté quoique mineur a plus de 16 ans, les parents ne feront plus que donner *l'auctoritas* (3). Si la révocation est prononcée, les parents recouvreront la Puissance Paternelle dans son intégralité (argt. art. 352, al. 2).

Outre la révocation, la déchéance ou le retrait prévus par les lois des 24 juillet 1889 et 15 novembre 1921, pourront être demandés par les parents à l'encontre de l'adoptant, ce qui n'aura pas pour effet de priver l'adopté de tout droit dans la succession de l'adoptant, conséquence nécessaire de la révocation. Les droits ainsi enlevés au père adoptif feront retour normalement aux parents légitimes (argt art. 352) et si ces derniers ne sont pas eux-mêmes dans un cas de déchéance, il ne semble pas que le Tribunal puisse les en priver en déléguant le droit de garde à un tiers (4).

(1) Gaz. Trib., 1933, premier semestre, II, 85, note Lévy — Cf., sur tous ces points : *Rev. Trim.*, 1928, chron. Gaudemet, p. 649 et 1933. chron. Lagarde, p. 459.

(2) Lyon, 27 juin 1925, ci-après rapporté et Trib. Seine. 28 mars 1928, Gaz. Trib., 12 mai 1928.

(3) V. Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., N° 1050.

(4) *Ibid.*, N° 1054.

C. — REFORMES PROPOSEES

Quel est l'avenir d'une Institution dont les effets sont si controversés ? Quels sont au juste les projets de réforme soumis aux délibérations du Parlement ?

Il est curieux de constater que les différentes propositions déposées s'écartent des solutions présentement acceptées par la jurisprudence et tendent à transférer à l'adoptant l'intégralité des droits de la Puissance Paternelle soulignant ainsi le caractère non équivoque des intentions du législateur de 1923 :

Voici une proposition de loi déposée le 11 mars 1924 par M. Lafarge, à la Chambre (1). Dans son exposé des motifs, l'honorable député vise les incertitudes qu'a fait naître la rédaction imprécise de l'art. 352 et propose de le modifier de la manière suivante : Le premier alinéa de l'article est maintenu tel quel avec ses fâcheux « *néanmoins* » et « *ainsi que* », mais il y est ajouté la disposition suivante : « Il est également
« seul chargé de l'administration légale des biens de l'adopté
« en conformité de l'art. 389 du présent code et il exerce le
« droit de jouissance légale dans les conditions prévues par
« les art. 384 à 387 inclus ».

Un troisième alinéa est ajouté : « Lorsque pendant la
« minorité de l'adopté, l'administration légale exercée par
« l'adoptant prend fin pour l'une des causes énoncées en l'art.
« 389 du présent code, elle revient de plein droit au père ou
« à la mère dans les conditions prévues par le dit article ;
« si le père ou la mère ou l'un d'eux sont déjà décédés, les
« biens de l'adopté seront administrés par un tuteur confor-
« mément aux dispositions du titre X^e du présent code ».

Ainsi M. le député Lafarge confère à l'adoptant non la tutelle, mais l'administration légale et prend soin de préciser que la jouissance légale est incluse aux droits transférés. Il faut également penser que le droit d'émancipation passe à l'adoptant désormais investi de toutes les prérogatives paternelles.

(1) Ch., doc. parl. 1924, ann. N° 7269, p. 537.

Il convient cependant d'indiquer que cette nouvelle rédaction de l'art. 352 ne résoud pas toutes les difficultés ; dans le cas d'adoption par deux conjoints, qu'elle soit simultanée ou successive, lequel des deux exercera l'administration légale ? le père sans doute dans le premier cas (1), mais dans le second ? Si c'est la femme qui a adopté la première, devra-t-elle se dessaisir de ses prérogatives en faveur de son mari quand celui-ci adoptera à son tour ? On répond en général par l'affirmative (2).

La Société d'Etudes Législatives ne pouvait rester inactive en présence des controverses importantes qui s'étaient instituées autour de son texte. Les promoteurs de la loi de 1923 ramenèrent à l'ordre du jour de la société la question de l'adoption et, en 1921, deux séances furent consacrées à la discussion des aménagements à apporter à l'art. 372. Ce fut l'occasion d'un large et intéressant débat à la séance du 16 janvier (3) : M. Ed. Lévy ne manqua pas de faire remarquer à ses collègues que la Commission (dont il était rapporteur) qui avait préparé la loi de 1923 avait eu dans l'idée le transfert *total* de la Puissance Paternelle à l'adoptant et que M. Rouast devait supporter la responsabilité première d'avoir dans son Commentaire de la loi au Dalloz, institué un *distingo* entre les prérogatives énumérées au titre IX et les autres. Aussi peut-il soutenir, sans opposition formelle, un texte net et précis dans le sens qui lui est cher. La société, après divers échanges de vue par moment assez confus, renvoya la suite du débat au 20 mars pour permettre la rédaction du texte définitif des quatre premiers alinéas du nouvel art. 352 (art. 4 du projet) et que voici (4) :

(1) Sic : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., N° 316 — *Addé* : eod op., II, par Rouast, N° 1043.

(2) Rouast, eod. loco — Cet auteur en décide autrement pour le droit de consentir au mariage, contrairement à l'opinion de M. Ed. Lévy à la Gaz. Trib., 5 juin 1925 — Il refuse également tout transfert dans le cas d'adoption par la seconde femme du père qui resterait seul investi.

(3) *Bull. Soc. d'Et. Lég.* 1931, séance du 16 janvier : p. 147 et 148.

(4) *Ibid.* Séance du 20 mars : p. 164.

Art. 352. — « L'adopté conserve tous ses droits dans sa famille d'origine.

« La Puissance Paternelle est dévolue toute entière à l'adoptant.

« S'il y a adoption par deux époux, l'adoptant exerce la Puissance Paternelle et administre les biens de l'adopté dans les mêmes conditions que le père légitime administre ceux de ses enfants. En cas de dissentiment entre l'adoptant et l'adoptante relativement au mariage de l'adopté, ce partage emporte consentement. Si les adoptants divorcent ou sont séparés de corps, le Tribunal applique aux enfants adoptés les règles concernant les enfants légitimes.

« Lorsqu'il n'y a qu'un adoptant ou lorsqu'un des deux adoptants décède, l'adoptant ou le survivant des deux adoptants est tuteur de l'adopté, il exerce cette tutelle dans les mêmes conditions que le père ou la mère survivante de l'enfant légitime ».

Ainsi, fort sagement, croyons-nous, le projet de la Société d'Etudes Législatives assimile l'adoptant et la famille adoptive au père *légitime* (nous voyons cette expression avec satisfaction dans le texte) et à la famille *légitime*. C'était, nous le rappelons, le vœu de M. Tissier en 1920, lors des premières discussions et il est à tout prendre, assez étrange que onze ans après la promulgation de la loi, le retard du législateur empêche encore le bon sens de triompher légalement.

L'adoptant dispose de l'administration légale ou de la tutelle dans les mêmes conditions que s'il était le père légitime : adoption par deux époux qu'il s'agisse d'adoption conjointe ou successive (quitte à changer le régime en ce dernier cas) : administration légale ; adoption par une seule personne ou co-adoptant restant seul par suite du décès de son conjoint : tutelle dans les conditions ordinaires ; co-adoptants divorcés ou séparés : jouissance légale à celui au profit de qui le jugement est prononcé, administration légale à celui qui a la garde de l'enfant.

Il appartenait à M. Leredu de saisir le Parlement de ces textes jusqu'alors à l'état de simples projets. Il déposa le 4 février 1932 au Sénat une proposition de loi qui reproduisait les dispositions transcrites ci-dessus, qui étaient complé-

tées — en ce qui concerne l'art. 372 — par un art. 5 ainsi conçu : (1)

« Le Tribunal civil du domicile de l'adoptant exerce les
« fonctions de Conseil de Famille ; il nomme le subrogé-
« tuteur. Au cas de changement de domicile de l'adoptant, le
« Tribunal du nouveau domicile exerce les fonctions de Con-
« seil de Famille. En cas de décès, de disparition judiciaire-
« ment constatée, d'interdiction ou d'internement de l'adop-
« tant, le Tribunal nomme un nouveau tuteur.

« L'adoptant ou le survivant des deux adoptants peut
« désigner à l'adopté un tuteur testamentaire.

« Si l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de
« l'adopté, il a concurremment avec lui la Puissance Pater-
« nelle, mais le père ou la mère en conserve l'exercice. Les
« règles concernant le consentement des père et mère au
« mariage de l'enfant légitime, s'appliquent dans ce cas au
« mariage de l'adopté. »

Cette proposition précise quels sont les organes de la tutelle spéciale à l'adoption. Le Tribunal fera fonction de Conseil de Famille comme en matière de filiation naturelle, ce qui, au premier abord paraît assez surprenant s'agissant d'un enfant légitime : mais c'est une conséquence logique de cette idée non encore entrée dans les mœurs que l'adopté échappe en quelque sorte à la famille de ses ascendants (2). Le Tribunal aura d'ailleurs toute liberté pour désigner le subrogé tuteur comme il l'entendra ; il pourrait fort bien choisir, selon nous, un frère légitime, un oncle de l'adopté ce qui serait un moyen commode d'établir un pont entre la famille du sang et la famille civile.

1832, 28 Mars 1832

(1) Sénat, doc. parl. 1932, ann. N° 84, p. 107.

(2) En ce qui concerne les droits de puissance ; mais l'adopté restant dans « sa famille d'origine » y conserve, bien entendu ses droits, notamment le droit de succession ; et si, à son égard l'obligation alimentaire de ses ascendants n'est plus que subsidiaire (al. 2 de l'art. 356), son obligation, à lui, vis à vis d'eux, demeure comme par le passé. Il faut penser aussi que le père et la mère de l'enfant adopté gardent le droit qui leur est conféré par l'art. 935 d'accepter une donation en son nom. Il s'agit ici d'un droit personnel institué en vue de faciliter au mineur l'acceptation des libéralités.

Du fait qu'à la mort de l'adoptant, l'adopté ne rentre plus sous la puissance du père, innovation importante, découle cette conséquence logique : l'adoptant reçoit le droit de désigner au mineur un tuteur testamentaire, droit qui lui est refusé expressément par la loi de 1923 (art. 357).

Enfin le dernier alinéa de l'art. 5 de la proposition Leredu règle l'exercice de la Puissance Paternelle dans le cas où l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l'adopté; la solution présente une certaine analogie avec le régime de droit commun réglé par les art. 372 et 373: les deux conjoints sont investis, mais seul a l'exercice de la Puissance Paternelle le parent légitime. Il eut été dans ce cas contraire à la nature de méconnaître la suprématie du lien du sang.

Dans un art. 8, la proposition de loi organise la révocation de l'adoption réglée d'une manière notoirement insuffisante par la loi de 1923 : la principale innovation consiste à prohiber dans un but de protection de l'adopté toute révocation durant la minorité de ce dernier, la déchéance de l'adoptant dans les conditions visées aux lois des 24 juillet 1889, 15 novembre 1921 et 17 juillet 1927 devant constituer pour le mineur une garantie suffisante. Ajoutons que la révocation quand elle sera prononcée, ne mettra plus obstacle à l'exercice du droit de retour prévu par les art. 358 et 359 (1).

Il était nécessaire d'entrer dans quelques détails pour montrer en cette matière singulièrement délicate de l'adoption le jeu parfois subtil des textes à qui l'on ne peut demander, si consciencieusement rédigés qu'ils soient, de prévoir toutes les situations complexes qu'offre la vie concrète. Cette incertitude, ce flottement dans la loi ouvrent largement les portes à l'interprétation judiciaire et partant à son pouvoir de contrôle. Nous avons vu que si depuis la loi de 1923 les tribunaux se sont montrés assez peu soucieux d'innover et même de discuter les opinions reçues, les projets en cours que le Parlement se devra de voter rapidement, leur confieront des pouvoirs étendus dont ils auront à faire usage avec discernement et sagesse.

(1) Cf. sur ces projets de réforme : Voirin, in *Rév. Trim.*, 1932, p. 902.
— Le rapport de la commission de législation du Sénat sur la proposition Leredu a été déposé le 22 février 1934 — J. O., deb. parl., Sénat, 23 février.

Section III

CONFLITS ENTRE LES PARENTS ET L'ASSISTANCE PUBLIQUE

La Tutelle des Enfants assistés était autrefois régie par la loi du 15 pluviôse, an XIII, par le décret du 19 janvier 1811 et par la loi du 5 mai 1869 (1). Elle est actuellement régie par la loi du 27 juin 1904 sur *le Service des Enfants Assistés* (2), modifiée par les lois des 18 décembre 1906 (3), 19 mars 1917 qui a ajouté un 7^e paragraphe à l'art. 15 et 23 juillet 1925 qui modifie l'art. 13, al. 2 et abroge les parag. 2 et 3 de l'art. 18 relatifs à la tutelle officieuse, laquelle avait disparu de nos institutions depuis la loi de 1923 sur l'Adoption.

L'application de cette réglementation nouvelle, qui sur bien des points ne se trouvait pas en concordance avec la loi du 24 juillet 1889 et conférait par ailleurs à l'Administration des pouvoirs étendus à l'encontre des prérogatives des parents du sang, a soulevé de graves difficultés. Sans avoir à faire ici une étude à proprement parler de l'Assistance Publique qui déborderait le cadre de notre sujet (et relèverait du reste du droit public), nous aurons à exposer de quelle manière peuvent se concilier des droits antagonistes sur la personne du

(1) D., J. G., V^o *Hospices*, p. 67 et *Secours Publics*, p. 769. — V. la thèse de Mlle Azéma, *l'Etat et les Enfants abandonnés*, Bordeaux 1930, p. 11 à 97.

(2) D., 1905, IV, 16.

(3) D., 1907, IV, 88.

mineur assisté, sans pouvoir toutefois éviter d'entrer dans certaines généralités indispensables à la clarté de nos explications.

A. — L'ADMISSION A L'ASSISTANCE. DES DIVERSES CATEGORIES D'ENFANTS ASSISTES

La loi de 1904 divise les enfants assistés en trois catégories : les Enfants secourus et en dépôt, les Enfants en garde et les Enfants placés sous la tutelle de l'Autorité publique et dont l'origine est très diverse : enfants trouvés, matériellement ou moralement abandonnés, orphelins pauvres (art. 2).

Reprenons cette nomenclature et voyons rapidement qui sont ces enfants et comment ils sont admis.

I. — 1° ENFANTS SECOURUS. — Il ne s'agit pas seulement ici des enfants d'indigents mais de ceux dont l'Administration veut prévenir l'abandon. Les art. 3, 7 (mod. par la loi du 22 avril 1905, art. 44) et 9 leur sont relatifs et prévoient qu'un secours temporaire leur sera alloué lorsque leurs parents ne pourront, faute de ressources, ni les nourrir ni les élever. L'admission est prononcée sans formalités par le préfet. L'autorité judiciaire n'a pas à intervenir.

2° ENFANTS EN DÉPOT. — Ce sont les enfants laissés sans moyens d'existence par suite de l'hospitalisation ou de la détention de leurs parents (art. 4). Ils sont recueillis *temporairement* parmi les enfants assistés à la suite d'un arrêté du préfet pris après une rapide enquête. Ici encore pas d'intervention judiciaire.

II. — ENFANTS EN GARDE. — Ce sont ceux dont la garde a été confiée à l'assistance par les Tribunaux en application de la loi du 19 avril 1898, art. 4 et 5, visant les attentats commis sur les enfants (art. 5). Il faut y ajouter les enfants remis à l'Administration en vertu des lois de 1912 et 1921 sur la minorité pénale et du 15 novembre 1921 sur le retrait de la puissance paternelle. L'admission temporaire ou définitive est donc réservée aux Tribunaux, en comprenant sous cette dénomination le juge d'instruction (art. 4, L. 19 avril 1898 et 3, L. 22 juillet 1912).

III. — ENFANTS DITS EN TUTELLE (art. 2). — Cette catégorie comprend :

1° *Les Enfants nés de parents inconnus, trouvés ou portés à l'Administration.*

2° *Les Enfants abandonnés matériellement.*

3° *Les Orphelins pauvres.*

Ces trois catégories d'enfants sont en état d'*abandon matériel* soit du fait de la volonté réfléchie de leurs parents qui ont voulu pour une raison ou pour une autre, s'en débarrasser, soit par suite de circonstances malheureuses qui les ont privés de tout parent et de tout soutien. En ce cas une simple décision administrative suffit pour les remettre à l'Assistance ; elle n'implique par le fait même des choses aucune contradiction possible : l'autorité naturelle a fait défaut.

Remarquons que l'abandon matériel est le *fait unique* qui donne lieu à la remise à l'Assistance, l'indigence n'en serait pas à elle seule, comme dans les cas précédents, un motif suffisant.

4° *Les enfants abandonnés moralement.*

Dans cette hypothèse c'est l'*abandon moral* qui la *cause unique* de la remise à l'Administration. Les parents se sont soustraits à leur obligation naturelle d'éducation et de surveillance, ils sont en faute et ont mésusé des prérogatives de la Puissance Paternelle ; le *Tribunal intervient obligatoirement* ici pour remettre l'enfant à l'Assistance : soit que la déchéance soit prononcée par application du titre I^{er} de la loi du 24 juillet 1889 et notamment des dispositions de l'art. 2, soit que l'enfant soit admis en vertu du titre II de la même loi (1). L'on sait que le titre II de la loi de 1889 prévoit deux formes de placement bien distinctes : les art. 17 et 18 règlent le cas où le père *cède* la Puissance Paternelle à l'Assistance Publique ou à tout autre association de bienfaisance, voire à un particulier, par un contrat homologué par justice (2) et

(1) V. Circ. Ministre Justice du 25 août. 1905.

(2) Il s'agit ici d'une délégation volontaire de la Puissance Paternelle qui n'est possible, nous l'avons vu, que dans ce cas. L'éventualité prévue par l'art. 17 est assez rare en fait.

les art. 19 et 20 visent l'hypothèse où l'Administration ou tout autre association ou personne privée aura recueilli, *sans intervention des parents*, des mineurs de 16 ans : le Tribunal pourra leur attribuer, lorsqu'un délai de trois mois sera écoulé sans réclamation de la part des parents, tout ou partie de l'exercice de la Puissance Paternelle. Dans les deux cas, les conséquences de la remise sont les mêmes : l'Assistance conserve la haute main sur l'éducation de l'enfant et demeure *seule investie* des droits de Puissance Paternelle dont le régime sera identique : nous n'insistons pas davantage sur les modalités de l'admission dans ces différents cas (1).

B. — DETERMINATION DES DROITS DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE

Nous savons maintenant quelles sont les diverses catégories d'enfants assistés et de quelle manière ils sont admis à bénéficier des avantages attachés à cette qualité. Il nous faut maintenant préciser, et c'est là ce qui est le plus intéressant pour nous, quel est le contenu des droits de l'Administration sur la personne de ces enfants, au point de vue de la garde, et des droits qui y sont rattachés au sens large : consentement au mariage, à l'adoption, à l'émancipation, ainsi qu'au point de vue du droit de correction.

Au regard de ces différentes prérogatives, l'on range généralement les enfants assistés en deux grandes catégories : *les Enfants protégés* et *les Pupilles de l'Assistance publique*, ceux sur lesquels cette Administration exerce une *tutelle*.

§ I. — LES ENFANTS PROTEGES

Les Enfants protégés comprennent les enfants secourus en dépôt et en garde. De ce que nous en avons dit on peut aisément déduire la portée précise des droits que l'Assistance Publique obtient sur eux.

Sur les Enfants en garde, la loi du 27 juin 1904 est muette quant au mode d'assistance. Il n'est pas douteux qu'ils sont

(1) V. Planiol, Ripert et Savatier, op. cit. N° 323 et ss. 407, 408. — Cf. : *Les Enfants Assistés*, de M. l'Inspecteur général Alcindor, livre premier, passim.

soumis à l'éducation commune à tous les enfants assistés et qu'ils pourront être l'objet de mesures de *placement*, mais la Puissance Paternelle n'est pas déplacée quant à ses autres attributs : l'administration notamment n'a pas qualité pour accorder le consentement au mariage (1) ou à l'adoption, encore moins pour émanciper l'enfant (2). Cependant les ouvrages spéciaux semblent considérer que le droit de correction spécial de la loi du 28 juin 1904 peut être exercé contre les enfants en garde (3). En ce cas coexisterait-il avec le droit de correction du droit commun qui serait exercé par les parents ? En droit, peut être faudrait-il répondre par l'affirmative, sans perdre de vue que dans la pratique judiciaire actuelle la justice s'arroge un contrôle tellement étendu en cette matière que les abus ne sont pas à craindre.

En ce qui concerne les *Enfants secourus temporairement*, l'Assistance se bornant à l'allocation de secours sans s'occuper de leur éducation ni de leur placement, les droits des parents demeurent intacts.

L'Assistance des *Enfants en dépôt* est rendue difficile par l'éloignement et l'incapacité de fait de parents qui sont maintenus dans l'intégralité de leurs droits de Puissance Paternelle. Le service *conserve* l'enfant mais n'a sur lui ni le droit de garde, ni le droit d'éducation, ni le droit de correction et s'il doit pourvoir à sa nourriture et à son entretien, c'est dans une mesure restreinte, dans les conditions où les parents eux-mêmes en auraient été tenus. Le placement chez les nourriciers s'effectue par contrat noué directement entre eux et le service qui, par ailleurs, est sans qualité pour signer des contrats d'apprentissage ou de condition (4).

On voit que sur tous ces enfants que nous appelons protégés, les droits de l'Assistance sont très restreints et ne laissent guère de place à des conflits avec les parents.

(1) Sic. : Alcindor, op. cit., p. 225. — Avis Min. Int., 13 nov. 1906 et 22 août 1909.

(2) Ibid., p. 227 — Mais nous pensons qu'en cas d'émancipation abusive l'Administration pourrait dans l'intérêt de l'enfant se pourvoir devant les Tribunaux pour en obtenir l'annulation.

(3) Ibid., p. 226.

(4) Ibid., p. 220.

§ 2. — LES PUPILLES EN TUTELLE

Nous entrons avec cette grande catégorie, dans le vif de notre étude, car ici les difficultés surgissent nombreuses et ardues.

Les auteurs partent généralement de cette idée que l'Assistance publique exerce sur *tous* les enfants qu'elle peut nommer ses *Pupilles* une tutelle qui est, en réalité, un pouvoir se confondant avec la Puissance Paternelle et qu'elle est tenue de toutes les obligations qui incombent aux père et mère (1).

Elle exerce les droits de puissance par l'intermédiaire d'un tuteur — Préfet ou son délégué, inspecteur départemental en province ; Administration générale de l'Assistance Publique de Paris, dans la Seine — et d'un Conseil de Famille de sept membres désignés par le Conseil général (art. 11 et 12 de la loi de 1904) et qui *élit* son président. Il n'existe pas de subrogé-tuteur (art. 13).

Les droits eux-mêmes consistent essentiellement — en ce qui touche la personne du pupille — en un droit de garde, d'éducation et de placement et un droit de correction spécial (2).

Il faut y ajouter le droit de consentir au mariage, à l'émancipation, à l'adoption et à l'engagement militaire (art. 13).

Voilà les principes. A lire la loi du 27 juin 1904, il semble qu'il ne puisse s'élever sur l'interprétation de ses dispositions aucune controverse, et pourtant, l'entente est loin

(1) Alcindor, op. cit., p. 101. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 325 et 408.

(2) Organisé par la loi du 28 juin 1904, art. 2. — L'enfant, pour y être soumis, doit avoir donné par « des actes d'immoralité, de violence ou de cruauté, des sujets de mécontentement très graves. » C'est non le Président mais le Tribunal entier qui est compétent pour en autoriser l'exercice par le Préfet. La détention ordonnée pour une durée indéterminée s'accomplit dans une colonie pénitentiaire ou un établissement spécial désigné par l'Administration Pénitentiaire. — Le droit de grâce est une prérogative souveraine du préfet, sans intervention du Tribunal qui n'a aucun droit de regard sur la façon dont l'internement est subi.

d'être faite sur le contenu des droits de l'Assistance Publique et sur la nature même de sa tutelle.

La raison en réside dans la contradiction qui existe entre ce texte et les lois sur la déchéance, contradiction qui n'était pas apparue aux auteurs de la loi de 1904 et qui peut être résumée dans la proposition suivante : Aux termes de la législation sur l'Assistance « toutes les fois que cette dernière peut considérer un enfant comme son pupille, on doit dire qu'il y a indirectement déchéance des parents » (1) ; tandis qu'aux termes des lois toujours en vigueur de 1889-1921, confirmés par les principes généraux, il ne peut y avoir déchéance que dans les cas formellement prévus et énumérés par elles.

Examinons donc ces contradictions.

N° 1. — ENFANTS TROUVÉS ET ABANDONNÉS MATÉRIELLEMENT ORPHELINS PAUVRES

Mettons tout de suite hors débat les enfants trouvés et abandonnés matériellement et les orphelins pauvres, les trois premières catégories d'enfants énumérées par l'art. 6 de la loi de 1904.

Sur ceux-là, s'exerce dans leurs plénitudes les droits de l'Assistance Publique ; ils sont ses pupilles au sens plein du mot par *déchéance indirecte* des parents. L'art. 17 de la loi les soumet au bon plaisir de l'Administration qui est investie sur eux des attributs complets de la Puissance Paternelle (art. 13). Parmi ces enfants, notons-le, peuvent se trouver des enfants légitimes. Leurs parents, tout aussi bien que les parents naturels, verront tous leurs droits tenus en échec par l'Administration, sauf ce que nous dirons plus bas relativement à la revendication.

Mais quid des deux autres catégories ? Enfants dont les parents sont déchus en vertu du titre I^{er} de la loi de 1889 et enfants admis dans le service des Enfants assistés en vertu

(1) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 408. — Cf. l'étude de M. Hamel dans *Rev. Pénit.*, 1911, p. 746.

du titre II ? C'est proprement sur ce terrain que les deux législations entrent en conflit.

N° 2. — ENFANTS DONT LES PARENTS SONT DÉCHUS

L'art. 11 de la loi de 1889 (réd. de 1921) dispose que si, dans le cas de déchéance des parents, la tutelle n'a pas été constituée conformément à l'art. 10 (1), elle est exercée par l'Assistance Publique conformément aux dispositions des art. 11 à 18 (donc de l'art. 13) de la loi de 1904. L'Assistance pourra, tout en gardant la tutelle, remettre le mineur à de tierces personnes. Mais les droit spéciaux prévus à l'art. 14 de la loi de 1889 (consentement au mariage, à l'adoption, à l'émancipation) sont maintenus aux personnes qui, si le père et la mère étaient décédés, les auraient exercés. Que décider en présence de la contraction entre ce texte et l'art. 6 de la loi de 1904 ? Laquelle des deux lois va l'emporter ?

D'après l'Administration (2) c'est la loi de 1904. D'après le jugement du Tribunal pour Enfants de la Seine du 26 mars 1928, à tout le moins implicitement, c'est la loi de 1889. Nous ne pensons pas devoir instituer sur ce point une discussion étendue, car d'une part le nouvel art. 11 de la loi de 1889 est formel et le commentaire au Dalloz de M. R. Jullien en souligne la portée non équivoque (3), et d'autre part, le rapporteur lui-même de la loi de 1904 à la Chambre, M. Bienvenu-Martin, affirmait à M. de Castelnau qui demandait diverses précisions sur la conciliation possible des deux textes législatifs : «...L'art. 6 n'abroge directement ni indirectement ni « les art. 405 et suivants du Code civil, ni les dispositions tant « du titre I que du titre II de la loi du 24 juillet 1889... » (4).

(1) C'est-à-dire conformément aux termes du droit commun. Mais, en ce cas, le Tribunal conserve la faculté de confier la garde des enfants à une œuvre charitable. — Trib. Seine, 23 juillet 1931. — *La Loi*, 18 juin 1932.

(2) Cir. min. Hygiène du 29 janvier 1924. Citée par M. Savatier dans sa note sous Trib. pour Enf. de la Seine du 26 mars 1928. — D., 1929, II, 49. — Cf. Alcindor, op. cit., p. 168.

(3) D., 1921, IV, 316.

(4) J. O. 17 juin 1904, déb. parl., Ch., p. 1.461 et ss. — C'est également en ce sens que se prononcent MM. Savatier, op. cit., n° 408 et Fleury : *De l'Application et de l'Interprétation de l'art. 6 de la loi du 27 juin 1904*, thèse Rennes, 1910, p. 89 et ss.

C'est à cette solution de la prééminence de la loi de 1889 sur le régime général de la tutelle administrative qu'il convient de s'arrêter sans hésitation, pensons-nous. Hâtons-nous d'ajouter que la justice interviendrait sur la demande de l'Assistance pour annuler une émancipation prononcée par le père déchu partiellement s'il venait à être établi que cet acte n'avait procédé que d'intentions frauduleuses et préjudiciables au mineur.

Dans le cas de déchéance totale, c'est naturellement le Conseil de Famille constitué selon les règles du Droit civil qui serait compétent pour donner ces diverses autorisations.

N° 3.— ENFANTS ASSISTÉ EN VERTU DU TITRE II DE LA LOI DE 1889

Rappelons que le dernier alinéa de l'art. 6 de la loi de 1904 s'exprime ainsi : « enfant *admis dans le service des enfants assistés...* » et ajoutons aussi que cette *immatriculation* n'a pas lieu lorsque l'enfant est en réalité à la charge d'une œuvre, l'Assistance Publique ne conservant que le *domaine éminent* des droits de Puissance Paternelle (art. 22 et 23 : surveillance et droit de demander à la justice le retrait des prérogatives confiées à l'œuvre).

Quel sera donc le sort d'un enfant remis à une œuvre par application des art. 17 à 20 de la loi de 1889 ?

Qui aura qualité pour donner les autorisations dont nous parlons ?

M. Bienvenu-Martin, au cours des mêmes débats à la Chambre et répondant au même député, tient à préciser que seuls les enfants immatriculés dans les services de l'Assistance seraient soumis à sa tutelle : Ceux qui seraient remis à des particuliers lui échapperaient. M. Monod, commissaire du Gouvernement et directeur de l'Assistance Publique, s'associa aux paroles du rapporteur si bien que M. de Castelnau, tenant comme acquis que les enfants confiés à des œuvres ne seraient jamais considérés comme pupilles de l'Administra-

tion, renonça à l'amendement qu'il avait proposé et qui devait préciser ce point (1).

Ce sont donc les œuvres ou particuliers à qui l'enfant aura été confié qui ont le droit de consentir au mariage, à l'émancipation et à l'adoption, sauf ce qui est dit au dernier alinéa de l'art. 17 en ce qui concerne le cas où le droit de consentir au mariage aurait été maintenu aux parents.

La Société d'Etudes Législatives, dans sa séance du 16 janvier 1931 (2) s'est occupée, elle aussi, de cette question, à propos des projets de modification de l'adoption qu'elle discutait alors. La docte assemblée a refusé de donner compétence à l'Assistance pour accorder l'autorisation d'adopter un mineur confié à une œuvre protectrice de l'enfance et, chose remarquable, a repoussé également la compétence de l'œuvre nonobstant un arrêt de la Cour de Paris tout récent (3). Elle a préféré voir confier cette mission au Tribunal civil jouant le rôle de Conseil de Famille des enfants naturels, en se laissant, sans doute, influencer par cette considération que le même Tribunal aurait à homologuer l'acte d'adoption.

Mais quelle source de difficultés ! Si l'enfant est légitime, ce qui est parfois le cas, le Tribunal demanderait-il le consentement du Conseil de Famille ordinaire ? Oui, semble-t-il. Et si les parents ne sont pas connus ? La Commission de la Société d'Etudes Législatives pense alors devoir appliquer par analogie la loi du 7 février 1924 sur le mariage des enfants de parents disparus (art. 150 C. C.). Un Tribunal a rendu un jugement en ce sens (4). Mais nous croyons plus prudent et plus simple à la fois d'attribuer compétence à l'œuvre déléguée pour donner toutes ces autorisations, car, en définitive, c'est elle qui s'occupant effectivement du mineur,

(1) *J. O.*, 17 juin 1904, loc. cit. — Sic : Savatier, dans sa note précitée de 1929 et au n° 408 de son *traité des Personnes*. — Contrà : Trib. Enf. Seine 26 mars 1928, précité, qui classe parmi les pupilles de l'Assistance les enfants dont il s'agit sans discrimination aucune.

(2) *Bulletin*, 1931, p. 133.

(3) 21 Novembre 1929. — *Gaz. Trib.* 1930, II, 263.

(4) Trib. Béziers, 23 mai 1928, Adopt. Sauvagnac-Fréjaville — Note Ed. Lévy à la *Sem. Juridique* du 4 oct. 1928.

l'ayant sous les yeux, sera le plus à même de discerner son véritable intérêt au regard des circonstances de fait et des considérations de personnes.

Nous nous plaçons d'ailleurs ici dans l'hypothèse où le Tribunal en confiant à un particulier l'exercice de la Puissance Paternelle a compris parmi les prérogatives déléguées, celles qui nous occupent. Il va sans dire que si les droits de consentement au mariage, à l'adoption, etc..., avaient été formellement réservés à l'Administration (art. 20 al. 2^e, L. de 1889) nonobstant la délégation des autres droits à une œuvre ou à un particulier, ces derniers n'auraient pas à intervenir. Voilà un cas où l'Assistance Publique aurait à exercer des prérogatives essentielles de la Puissance Paternelle sur des enfants non immatriculés, et qui ne sont pas à proprement parler des pupilles, et ce n'est pas l'une des moindres surprises que réserve l'étude de cette législation si touffue et souvent contradictoire, et dont nous ne songeons pas, ici, à faire une étude complète, mais dont nous voulons seulement montrer quelques aspects dans le cadre que nous nous sommes tracé.

Dans le cas où l'enfant visé par le titre II de la loi de 1889 est *immatriculé* à l'Assistance, sans aucune délégation à une œuvre, aucune distinction ne doit plus être faite entre les autres pupilles et lui : l'Administration exerce le *domaine utile* des droits paternels dans sa plénitude (1) que l'enfant soit légitime ou naturel. Le Tribunal n'aura pas à intervenir comme Conseil de Famille dans ce dernier cas, tous ses pouvoirs se trouvant transférés au Conseil de Famille spécial des Enfants Assistés. Lui seul donnera son consentement au mariage, à l'adoption... et c'est normalement à l'Administration que reviendrait la Puissance Paternelle après la mort de l'adoptant.

C. — FIN DE L'ASSISTANCE

La Tutelle de l'Assistance Publique ne peut guère prendre fin qu'*ex parte pupilli*, puisque le département est le

(1) Paris, 27 nov. 1926. — D. H. 1927, 24. — *Gaz. Pal.*, 1927, I, 339.

véritable titulaire de ce droit, qui ne fait que s'exercer par l'intermédiaire du préfet (1). Les causes d'extinction sont : l'arrivée du pupille à sa majorité, son décès, son émancipation tacite ou expresse, enfin la remise de l'enfant à sa famille.

Nous ne dirons rien des deux premières. Nous savons, en ce qui concerne l'émancipation expresse que l'art. 13 de la loi de 1904, l'assimile au mariage pour ce qui est de l'autorisation. Nous nous bornons donc à renvoyer à ce que nous venons d'écrire à ce sujet.

Mais la dernière cause d'extinction des droits à la tutelle publique, mérite, par contre, certains développements.

LA REMISE DE L'ENFANT A SA FAMILLE LA REVENDICATION

Avant la loi organique de 1904, les droits des parents vis-à-vis de l'Assistance Publique étaient mal définis, si l'on met à part les situations visées par les titres I et II de la loi de 1889. L'Administration ne disposait, même antérieurement à cette dernière loi, d'aucun texte qui lui permit de résister à la demande de revendication des enfants introduite par des parents, voire des parents indignes, réserve faite des trois seuls cas de déchéance prévus par l'art. 335 du C. P., et les art. 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874, cas qui se présentaient rarement en pratique. Pour pallier, dans une certaine mesure, à cette carence législative qui la désarmait, elle recourait, alors, à l'usage du *contrat d'abandon*, d'une légalité très contestable, et dont les résultats parfois heureux étaient dus beaucoup plus à l'intimidation produite sur les parents par la signature d'un acte officiel, que par les effets

(1) Nous n'envisagerons que la fin de l'Assistance sur les Enfants en Tutelle, les seuls qui nous intéressent ici. Pour les Enfants protégés, l'assistance cesse dès que les conditions de fait qui l'avaient rendue temporairement nécessaire sont disparues.

juridiques proprement dits de cette convention contraire dans son essence à l'art. 6 du Code Civil (1).

La loi de 1889 dans les cas de déchéance et de délégation volontaire ou forcée de la Puissance Paternelle, la loi de 1904, d'une manière générale dans son art. 17, ont organisé solidement la position de l'Administration soumise à des réclamations qui ne sont que rarement de bonne foi de la part des parents. Etudions les dispositions de cette législation.

L'art. 17 de la loi de 1904, où se trouve le siège de notre matière est ainsi rédigé :

« L'enfant réclamé par ses parents peut leur être remis
« si le tuteur estime, après avis du conseil de famille, que
« la remise est dans l'intérêt de l'enfant. L'Administration
« pourra, en outre, autoriser des remises d'essai durant les-
« quelles sa surveillance continuera à s'exercer durant un an
« au moins ; à l'expiration de ce délai, la remise deviendra
« définitive.

« Toutefois pour les enfants maltraités ou moralement
« abandonnés, cette remise ne pourra être faite aux parents
« déchus de la puissance paternelle, qu'après l'accomplisse-
« ment des formalités prescrites par les art. 15 et 16 de la
« loi du 24 Juillet 1889.

« Les parents devront rembourser en une seule fois, ou
« par versements mensuels échelonnés sur une ou plusieurs
« années, la dépense faite pour l'entretien de leur enfant, à
« moins que la Commission départementale ou, dans le
« département de la Seine, une délégation du Conseil géné-
« ral, ne les exonère en tout ou en partie » (2).

(1) V. sur tous ces points l'intéressante thèse de M. Lampérière : *La revendication des Enfants recueillis par l'Assistance Publique*, Paris, 1910, not : p. 29 à 33, 61 à 67, 80 à 118, chap. 4 et 5. Il est remarquable que l'auteur dénie encore aux Tribunaux à cette époque récente, tout droit de contrôle sur l'exercice de la Puissance Paternelle.

Cf. la circul. min. du 8 janvier 1923 (Becquet, *Rép. de Droit Adm.*, V^o Assist. Publ., n^o 319 et ss.) qui autorise dans certains cas l'Administration à refuser la remise aux parents.

(2) Cf. Alcindor, op. cit., p. 202 et ss. et *Des conditions dans lesquelles peuvent être rendus à leur famille les enfants assistés*, not. p. 13.

(2) Cf. Alcindor, op. cit., p. 202 et ss. et *Des conditions dans lesquelles peuvent être rendus à leur famille les enfants assistés*, not. p. 13.

Voilà le texte capital qui confère à l'Administration un pouvoir tellement discrétionnaire sur ses pupilles, que M. Savatier a pu dire (1) « qu'ils étaient soumis au bon plaisir » de l'Administration, à peine contrôlée par les Tribunaux ».

Mais, ici encore, se pose la question de la discrimination nécessaire entre les diverses catégories de pupilles. Les distinctions que nous avons faites précédemment sont à appliquer lorsqu'il s'agit de restitution comme lorsqu'il s'agissait d'administration : Il est hors de doute que les catégories d'enfants assistés qui relèvent de la loi de 1889, titre I et II, ne tombent pas sous le coup de l'art. 17, nonobstant l'alinéa 2 de cet article ; force doit rester encore, pour les raisons qui sont toujours les mêmes, à la loi de 1889 dans son conflit avec la loi de 1904 : qu'il en résulte que l'Administration soit mieux armée contre les parents d'enfants trouvés ou matériellement abandonnés, qui peuvent n'avoir été que gravement négligents, que contre les parents déchus et indignes, ce n'est pas douteux, et M. Savatier le souligne (2), mais le principe que la loi de 1904 n'a pas abrogé celle de 1889 est absolu : tant que cette dernière subsistera dans sa rédaction actuelle, ses prescriptions devront être considérées comme déroatoires au droit commun de l'Assistance. M. Alcindor, dans son ouvrage qui est considéré comme un *manuel* par les services de l'Assistance Publique (3), en convient implicitement, en distinguant la remise par décision administrative et la remise par décision judiciaire. Nous nous permettrons d'adopter cette division qui nous paraît la plus claire.

§ I. — REMISE PAR DECISION ADMINISTRATIVE VOIES DE RECOURS

Nous savons qu'il faut distinguer entre la remise d'essai au cours de laquelle la Puissance Paternelle reste à l'Administration et la remise définitive. Nous ne parlerons que de cette dernière.

(1) op. cit., n° 408.

(2) op. cit., n° 325 et 408.

(3) op. et loc. cit.

Elle porte, répétons-le, exclusivement sur les enfants matériellement abandonnés et les enfants trouvés, qu'ils soient naturels ou légitimes. Leurs parents peuvent s'être révélés en cours d'assistance par reconnaissance ou légitimation, comme aussi avoir été connus avant. Dans les deux cas, leur situation est la même : *ils n'ont plus de droits sur leurs enfants* ; leur réclamation fera figure de simple requête adressée au Service ; le Préfet statuera par décision administrative en toute liberté, le Conseil de Famille entendu, et sa décision ne devra être inspirée que par *l'intérêt de l'enfant* ; il y aura trop souvent à craindre que le réveil subit de la conscience paternelle, n'ait pas une cause honorable, et soit plutôt inspirée par un désir de lucre, ou pis encore (1).

Le Préfet, pour s'éclairer, fera diligenter une enquête qui portera sur le caractère sérieux ou non sérieux de la réclamation ; il recherchera si les parents sont intéressants, s'ils sont en situation pécuniaire d'élever leur enfant, si ce dernier consent volontiers à retourner dans sa famille, etc... Une décision de remise ne sera prise qu'à bon escient et pratiquement dans des circonstances assez rares, car il faut bien remarquer que, du jour où les parents sont réintégrés dans leurs droits de Puissance Paternelle, l'Administration n'a plus qualité pour reprendre l'enfant ; elle devra, en fait, attendre qu'une déchéance soit prononcée et donc que des faits graves soient consommés pour être restitués dans sa tutelle, et cela même depuis la loi du 15 novembre 1921, appliquée avec trop de négligence par les Parquets, à qui, du reste, il faut le reconnaître, manquent les éléments d'informations leur permettant d'appliquer la législation nouvelle.

Est-ce à dire qu'aucun recours n'existe contre une décision de rejet prononcée par le Préfet ?

La négative ne serait pas conforme aux principes généraux de notre droit ; et de plus, elle blesserait spécialement en notre matière, un sentiment des plus respectables : le droit naturel du père de famille non déchu à garder et surveiller personnellement ses enfants, à assurer leur éducation. Il y a

(1) V. Paris, 27 sept. 1926. — D.H., 1927, 24 et *Gaz. Pal.*, 1927, II, 339. — qui consacre cette thèse stricte.

dans la mission du père, ici-bas, quelque chose de sublime *Tu eris Sacerdos in Æternum*, dont l'Eglise catholique salue ses nouveaux prêtres ; et l'Assistance Publique ne pouvait, de toute évidence, prétendre se placer au-dessus des mœurs, aussi bien que du Code. Mais quelle pouvait être l'étendue du droit de contrôle ainsi imparti à la Justice et spécialement à quelle juridiction le père réclamant devait-il déférer l'arrêté préfectoral ?

Répondons d'abord à cette dernière question. Il semble que s'agissant, en apparence du moins, d'un acte administratif, le Conseil d'Etat seul puisse être compétent, d'autant que l'arrêté d'admission à l'Assistance « bien qu'il ait pour résultat de modifier l'état des personnes », est un acte administratif qui est déféré au Conseil d'Etat, d'après l'arrêt de la Haute-Assemblée du 22 juillet 1932 (1). Le Tribunal des Conflits en a décidé autrement pour l'arrêté de refus de remise, dans son arrêt du 12 décembre 1908 (2), rendu sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement G. Teissier, dans la fameuse affaire Toussaint, aussi connue en matière d'Assistance, que l'affaire Jand'heur l'est en matière de responsabilité civile ! Le Tribunal des Conflits estimait que le débat était essentiellement civil, car il s'agissait d'apprécier respectivement les droits conférés aux parents par une reconnaissance d'enfant naturel, et ceux qui résultaient pour l'Assistance elle-même de sa qualité de tutrice.

La décision du préfet n'est pas relative au fonctionnement d'un service public, déclarait le Commissaire du Gouvernement, mais constitue uniquement un acte de tutelle pris dans un intérêt privé.

Etait-ce bien suffisant, à la vérité, pour attribuer compétence aux Tribunaux judiciaires ? M. Alcindor fait, à ce propos, d'intéressantes remarques (3) : La caractéristique du service des enfants assistés, dit-il, est précisément d'accomplir des actes de tutelle, c'est sa fonction publique d'être chargé d'intérêts privés, c'est son caractère propre et seul

(1) D. H., 1932, 544.

(2) D., 1910, III, 81.

(3) op. cit., p. 209.

en Droit Public, il se présente sous cet aspect. Il peut être inopportun, et il est peu juridique de remettre aux Tribunaux le contrôle du fonctionnement de ce service public : Nous avouons que ces objections nous paraissent sérieuses, mais nous pensons aussi que, pour être efficace, l'action judiciaire doit être *locale* et *rapide*. Il s'agit, avant tout, ici, de questions de fait et charger de leur règlement le Haut-Tribunal administratif, équivaldrait, en somme, à un déni de justice plus ou moins déguisé.

JURISPRUDENCE

Mais qu'ont fait les Tribunaux, principalement lorsqu'ils ont reçu du Tribunal des Conflits, la connaissance du recours contre la décision préfectorale de rejet, laquelle faisait un peu figure, croyons-nous, de présent d'Artaxercès ?

Il nous faut, pour voir la nature de ce contrôle, suivre l'évolution de la jurisprudence qui s'est formée sur l'affaire Toussaint, qui se présentait ainsi, le 27 juillet 1907, devant le Tribunal de la Seine (1) : Un enfant naturel non reconnu par ses parents, est, au lendemain de sa naissance, confié à l'Assistance Publique. Quelques années plus tard, ses parents le reconnaissent après s'être mariés, et se prévalant alors de leur droit de Puissance Paternelle sur l'enfant, ils prétendent le reprendre et s'en faire restituer la garde. L'Assistance Publique résiste à leur prétention ; l'enfant a onze ans, il est très bien placé chez d'excellents nourriciers, son intérêt exige qu'il demeure sous la tutelle de l'Administration. Le Tribunal reconnaît le bien-fondé des conclusions de cette dernière en fait, déclare que « la misère physiologique » guette l'enfant, s'il est rendu à ses parents et... ordonne sous astreinte à l'Assistance de remettre son pupille à sa famille ; motif : pas de déchéance sans texte.

Sur appel, la Cour de Paris, après avoir vu sa compétence confirmée par l'arrêt du Tribunal des Conflits dont nous venons de parler, maintient le jugement entrepris par des motifs de droit identiques à l'argument unique du Tribu-

(1) *Gaz. Trib.*, 11 sept. 1909.

nal de la Seine : pas de déchéance (1). L'art. 17 n'a pas, dans l'esprit de la Cour, une portée absolue et n'entame pas les droits théoriquement intacts du père. M. Hugueney, dans sa note au Sirey, loin d'approuver cet arrêt, fait au contraire ressortir que la Cour est partie de cette vieille idée « profondément inexacte » de l'indivisibilité de la Puissance Paternelle et, après avoir écarté toute analogie possible avec un ancien arrêt de 1838, qui visait seulement l'exercice par le père d'une action en recherche de maternité naturelle au nom de son fils assisté (2), cet auteur conclut au respect de l'art. 17 : « Il faut admettre, dit-il, que les parents ont perdu leurs droits ».

Un pourvoi en Cassation frappait cet arrêt, mais avant qu'il fut vidé, le Tribunal de la Seine, sur les conclusions de M. Paul Matter, rendait, le 4 janvier 1911, un jugement qui, renversant la jurisprudence, faisait faire à l'interprétation véritable de l'art. 17, un pas sérieux (3) : Le Tribunal, sans reconnaître d'une façon complète le caractère spécial de la loi de 1904, et même en méconnaissant la véritable portée de l'art. 17 (une « cession de droit de garde », dit M. Planiol dans sa note) déclare toutefois qu'il y a dans notre matière *deux pouvoirs rivaux*, entre lesquels la Justice doit arbitrer dans l'intérêt de l'enfant. L'action du père se présente encore aux yeux du Tribunal dans cette espèce comme une *revendication*, et non pas comme une *requête*, ce qu'elle est en réalité. Et il appartenait à la Cour suprême mettant un point final à la controverse sur la nature du droit paternel, de restituer à l'art. 17, sa véritable portée. C'est l'arrêt de la Ch. Civile du 10 janvier 1912, qui dans l'affaire Toussaint, casse l'arrêt de Paris du 8 juillet 1909 (4).

La Cour de Cassation déclare que l'Assistance Publique

(1) Paris, 8 juillet 1909 — D., 1910, II, 351. — S., 1911, II, 145 Note Hugueney.

(2) Colmar 5 avril 1838 — D., J. G., V° Minorité, n° 716.

(3) D., 1912, II, 57 avec une note de M. Planiol. — S., 1911, II 156. — *Addé* sur la question : Gaudemet, *Rev. Trim.* 1909, p. 885.

(4) D., 1912, I, 153, note Planiol. — S., 1912, I, 366.

est investie d'un droit absolu qui fait obstacle aux droits des parents, et reconnaît le caractère spécial de la loi de 1904.

Il n'existe pas de *recours de principe* contre la décision de rejet, car la Puissance Paternelle a été déplacée ou, tout au moins, son exercice. La Chambre Civile parle proprement « d'une modification apportée à l'exercice de la Puissance Paternelle », ce qui permet encore à l'exégète de se demander si les parents en demeurent *investis* : En ce cas, leur recours conserverait peut-être le caractère d'une revendication au nom d'un droit restant fixé sur leur tête ; sinon, il faudrait concevoir l'action comme une sorte de recours pour excès de *pouvoir* qui s'exercerait devant les Tribunaux civils comme devant une juridiction administrative.

De toutes façons, il apparaît bien que depuis cet arrêt de 1912, les Tribunaux n'ont plus qu'un droit général de protection analogue à celui que nous avons étudié précédemment et qui ne sera mis en œuvre que *s'il est constant que l'intérêt de l'enfant est gravement compromis* (1).

L'Assistance, fortement garantie désormais contre des revendications de parents inopportunes, ne relève plus guère que de la censure du Tribunal, dans les cas les plus graves ; mais, à part ces hypothèses extrêmement rares, et dont on ne trouve presque pas de traces dans les recueils, on doit à la vérité de reconnaître que ce service suit en fait des pratiques administratives prétoriennes, souvent en marge des textes, qui valent ce que ses fonctionnaires valent eux-mêmes en discernement et en dévouement... et que la justice civile fort peu soucieuse de s'immiscer dans le fonctionnement d'une Administration publique, homologue très généralement les décisions qui lui sont déférées.

Le réclamant, dit un arrêt récent de la Cour d'Orléans, ne peut obtenir un jugement ordonnant que les enfants lui seront restitués que s'il prouve que l'intérêt des enfants est compromis par le refus qui lui est opposé par l'Assistance Publique (2).

(1) Il convient de souligner à ce propos que le ministère public n'a pas qualité pour agir aux termes de l'art. 17 qui concerne les parents seuls.

(2) 9 déc. 1932. — *Gaz. Pal.*, Somm., 8-9 octobre 1933.

§ 2. — REMISE PAR DECISION JUDICIAIRE

Ne peuvent être rendus à leurs parents que par décision judiciaire seulement, les enfants maltraités et moralement abandonnés, dont les parents ont été déchus ou ceux qui ont fait l'objet d'un jugement de délégation de Puissance Paternelle : en un mot, les enfants visés par les titres I et II de la loi de 1889.

Examinons ces deux situation séparément :

N° 1. — SITUATIONS VISÉES PAR LE TITRE I DE LA LOI DE 1889 :
PARENTS DÉCHUS

C'est le Chapitre III du Titre I^{er} de la loi du 24 juillet 1889, qui règle les modalités de la restitution de la Puissance Paternelle (Loi du 15 novembre 1921).

Cette restitution ne peut être qu'entière. C'est là, nous l'avons vu, une des erreurs de la loi de 1921, qui, créant des retraits partiels, n'a pas su prévoir corrélativement des restitutions incomplètes. La juridiction compétente sera la Chambre du Conseil de Tribunal du domicile de l'enfant s'il est devenu majeur, du domicile de la tutelle en cas de déchéance totale, du domicile du délégué aux attributs de la Puissance Paternelle, en cas de retrait partiel (art. 15). S'il y a pluralité de défendeurs, il semble qu'aux termes de l'art. 59, al. 2, C. Proc. Civ., le père pourra choisir le domicile de l'un d'eux *ad libitum*. En cas de mort des enfants, le père sera certainement admis, pour se faire décharger des incapacités prévues par l'art. 8, à exercer l'action en restitution : en ce cas, le Tribunal compétent sera celui qui a prononcé la déchéance.

a) *Cas où la déchéance est la conséquence de condamnations pénales.*

La restitution sera le complément de la réhabilitation et ne pourra être demandée qu'après celle-ci. Mais le Tribunal ne sera jamais tenu de l'accorder, s'il estime que l'intérêt de l'enfant exige le maintien de la déchéance (art. 15, al. 1). Le préfet, contradicteur naturel du père, lorsque l'enfant aura été confié à l'Assistance, et le Conseil de Famille spécial

éclaireront les juges sur ce point capital.

b) *Cas où la déchéance n'est pas la conséquence de condamnations pénales.*

Ce sont les situations prévues par les N° 5 et 6 nouveaux de l'art. 2 de la loi de 1889 : « Les père et mère dont les « enfants ont été conduits dans une maison de correction par « application de l'art. 66 du C. P., ou ont été condamnés par « application de l'art. 67 du même Code » (N° 5). — « En « dehors de toute condamnation, les père et mère qui com- « promettent par de mauvais traitements, par des exemples « pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, « par un défaut de soins ou par un manque de direction « nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de « leurs enfants... » (N° 6).

Nous savons que le plus grand nombre de déchéances sont prononcées en vertu du N° 6. Par contre, le N° 5 n'est presque pas appliqué. Le Compte Général Civil de 1927 et celui de 1930, le dernier paru à l'heure où nous écrivons ces lignes, en relatent 2 pour chacune de ces années, sur, respectivement, 851 et 881 déchéances facultatives.

L'envoi en correction d'un mineur délinquant suppose déjà par lui-même, un retrait de la garde, de l'éducation, de la surveillance, et aussi de la correction. Qu'y ajouterait une déchéance plus ample ? Au regard des autres enfants, le ministère public préférera toujours engager une action distincte quand le besoin s'en fera sentir. (Nous avons souligné déjà avec quelle réserve les Parquets et les Tribunaux manient les lois de 1889-1921). De toutes façons, la restitution des droits paternels enlevés en vertu du N° 5, ne ferait jamais obstacle au maintien de la mesure de répression et de redressement (envoi en correction) ordonnée par la juridiction pénale : Nous sommes ici dans le domaine autonome des lois des 22 juillet 1912 et 22 février 1921.

L'intérêt de l'enfant sera toujours la considération unique qui incitera les juges à prononcer la remise et à restituer aux parents les droits qu'ils avaient perdus (1).

(1) V. l'arrêt précité d'Orléans du 9 déc. 1932 *suprà* p. 101.

Toutefois, la demande ne pourra être introduite avant un délai d'épreuve de trois ans. (Art. 15, al. 2).

En cas de refus, la restitution ne peut plus être demandée, sinon par la mère, après la dissolution du mariage. (Art. 16 *in fine*).

N° 2. -- SITUATIONS VISÉES PAR LE TITRE II : DÉLÉGATION
DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Que la délégation se soit produite avec ou sans le consentement des parents, les modalités de la revendication seront les mêmes.

Il est des cas où cette revendication sera péremptoire, c'est-à-dire qu'elle échappera au contrôle de la justice : Il en est ainsi lorsque les parents réclament leur enfant, en cas d'abandon présumé, dans les trois mois de la déclaration spéciale prévue à l'art. 19 (art. 20).

Il est certain aussi que la revendication de l'enfant par ses parents au cours de la procédure préliminaire est péremptoire, même lorsque le délai de trois mois, prévu par l'art. 20, s'est écoulé sans réclamation.

La revendication revêtira le même caractère si l'Assistance (ou le particulier) ne sollicite pas le jugement de délégation.

Mais dans toutes les autres hypothèses, si la revendication reste possible, elle est subordonnée à l'agrément du Tribunal. La procédure est la voie ordinaire en nos matières de la requête à la Chambre du Conseil, le Ministère public, le représentant de l'Assistance et le délégué à l'exercice des droits paternels entendus. Ce jugement est toujours rendu en audience publique (art. 21 et 22).

Les juges devront, avant tout, s'inspirer de l'intérêt supérieur, de l'enfant. Dans le cas où ils rejetteraient la demande en revendication, ils peuvent, soit maintenir les mesures déjà prises, soit, sur les réquisitions du Parquet, prononcer la déchéance de la Puissance Paternelle (Art. 21, al. 4) (1).

(1) V. Nancy 30 nov. 1909. — D., 1913, V, 12.

La décision du Tribunal pourra être frappée d'appel par le Préfet, l'œuvre ou le particulier intéressé et les parents. (Art. 23).

Ces derniers peuvent renouveler leur demande de trois ans en trois ans. (Art. 21 *in fine*).

APPENDICE

LOI DU 5 AOÛT 1916

Sous la forme anodine d'une adjonction à l'art. 20 de la loi de 1889, la loi du 5 août 1916 est venue, en réalité, créer un cas spécial de déchéance limitée à la garde, et auquel les dispositions générales du titre II, qui comprend l'art. 20, ne sont pas applicables, si ce n'est en ce qui concerne la procédure ; il s'agit de l'hypothèse suivante : par intervention du père, de la mère, ou du tuteur, ou encore par décision de justice, un enfant a été confié à l'Assistance Publique ou à une œuvre. Les parents ou l'un d'eux le réclament. S'il est établi qu'ils se sont désintéressés de lui pendant longtemps,, le Tribunal saisi par la personne qui a la garde, pourra « en considération de l'intérêt de l'enfant », la lui maintenir définitivement sauf à régler le droit de visite des parents.

On voit bien tout le caractère originale de cette disposition qui n'est pas à sa place dans le corps de l'art. 20.

Alors que dans toutes les situations prévues par le titre II, l'Assistance Publique conserve le domaine éminent des droits paternels, il semble bien, au contraire, que la loi de 1916 *investisse* du droit de garde directement la personne même qui a recueilli l'enfant ; la conséquence immédiate en est que les art. 22 et 23 de la loi de 1889 sont sans application ici. Le préfet ne pourrait pas demander au Tribunal le dessaisissement du particulier, au profit de l'Assistance Publique.

L'art. 12 de la loi de 1904 paraît inapplicable également. Enfin, toute restitution aux parents du droit de garde qu'ils ont perdu paraît difficile : l'art. 21 qui le prévoit ne renvoie qu'aux art. 17 et 19 alors que cette curieuse forme de déchéance est organisée par l'art. 20 (1).

(1) Sic : Savatier, *op. cit.*, n° 412.

Mais si les parents conservent tous leurs autres droits, ils pourraient échapper à la mesure sévère qui les frappe par l'émancipation de l'enfant. Nous pensons que sur la réclamation de la personne qui a la garde, le Tribunal appréciera l'opportunité et le motif de l'émancipation : faite dans l'intérêt du mineur, elle sera maintenue et le père pourra par cette voie détournée faire tomber la grave sanction prise contre lui, mais si elle n'a été inspirée que par un désir de fraude et par la mauvaise foi, nul doute que l'émancipation ne soit paralysée par justice dans sa conséquence essentielle de la liberté du domicile et de la personne. Et dans ce cas, il sera presque inévitable que le Ministère Public, réveillé par le bruit, fasse prononcer la déchéance du père, par application de l'art. 2, n° 6, de la loi de 1889.

CHAPITRE DEUXIÈME

LE CONTROLE JUDICIAIRE DANS LES CAS DE CONFLITS ENTRE PERSONNES INVESTIES ET PERSONNES NON INVESTIES DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Section I. — LA SITUATION DES ASCENDANTS

Section II. — SITUATIONS PARTICULIERES
ROLE DU MINISTERE PUBLIC

CHAPITRE DEUXIEME

Il arrive fréquemment que les droits du père soient contredits par différentes sortes de personnes qui, sans être investies de la Puissance Paternelle, disposent ou croient disposer de certaines prérogatives touchant la garde, l'éducation, l'instruction de l'enfant. Ce sont ces conflits qu'il nous faut étudier maintenant.

Nous examinerons d'abord la situation privilégiée des grands-parents, puis nous nous demanderons si, en dehors d'eux, il n'existe pas certaines catégories de personnes qui, à raison de leur parenté, de leur qualité ou de leur fonction, ne disposent pas de certains droits sur le mineur, ou du moins, d'un pouvoir de contrôle de l'administration paternelle.

SECTION I

LA SITUATION DES ASCENDANTS

L'ASCENDANT N'EST PAS INVESTI DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Situation privilégiée s'il en est une. Ils sont au premier rang des parents du sang et leurs droits moraux sont indiscutables. Le législateur a écrit au frontispice du titre IX, du livre I^{er} du Code Civil, un précepte de haute morale qui, de l'avis unanime, leur est applicable (art. 371) et le droit positif sanctionne en de nombreuses règles le lien naturel qui unit l'aïeul au petit-fils. Citons: l'art. 205, qui détermine l'obligation alimentaire des enfants vis-à-vis de tous leurs ascendants ; l'art. 402, qui prévoit que la tutelle est déférée *ipso jure*, à l'ascendant le plus rapproché, au cas de décès des parents ; les art. 745 et suivants, qui édictent que les enfants succèdent à tous leurs ascendants et réciproquement ; l'art. 935, qui, en théorie tout au moins, accorde à l'aïeul une prérogative importante : le droit d'accepter des donations faites à un mineur, même du vivant des père et mère, enfin l'art. 150, que l'on considère comme le plus typique, et qui fait passer sur la tête des ascendants, même s'ils n'ont pas la tutelle, le droit de consentir au mariage de leur descendant, en cas de prédécès des parents.

On ne saurait comprendre cette dernière prérogative, dit M. Savatier (1), si l'on n'y voit pas un reste de la Puissance

(1) *op. cit.*, n° 322.

Paternelle, et cet auteur tire argument de cette considération pour ranger les ascendants parmi les personnes investies de la Puissance Paternelle. Nous ne pensons pas pouvoir suivre M. Savatier aussi loin sur la seule foi de l'art. 150, et il serait, croyons-nous, singulièrement hasardé d'émettre, sous cette forme absolue, l'axiome incontestable cel. là, que les ascendants jouissent dans notre législation positive d'une situation privilégiée, fondée sur les sentiments, les convenances et le droit naturel. Remarquons qu'en cas de prédécès des parents, les ascendants n'exercent jamais la Puissance Paternelle, mais seulement la tutelle, à l'inverse de ce qui se passe pour le père ou la mère survivant, et lorsque les parents sont vivants, les ascendants sont écartés de l'exercice des droits paternels. La prérogative de l'art. 150 est, à notre avis, beaucoup plus justement fondée sur le lien ineffaçable du sang, que sur le droit pur. Et si l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889 prévoit que les grands parents peuvent être déchus de la Puissance Paternelle, il est à croire qu'il s'agit là d'une inadvertance du législateur et non d'une volonté juridique de priver d'un droit des personnes qui n'en sont pas titulaires (1).

L'étude que nous allons entreprendre montre d'ailleurs que la jurisprudence a toujours considéré les ascendants uniquement comme des parents ayant une situation privilégiée *sanguinis ratione* et manifeste le souci de délimiter exac-

(1) Sic : Drucker, de la *Protection des Enfants contre les abus de la Puissance Paternelle*, p. 251 et Jac, *Grands Parents et petits-enfants*, p. 8 et 9. — M. Josserand, *Droit positif*, I, n° 1.085, n'appuie que sur cette aptitude des ascendants à être déchus, l'opinion qu'ils « pourraient être investis d'une sorte de Puissance Paternelle réduite ». On voit que cet auteur n'est pas affirmatif. — MM. Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 1.654, semblent incliner vers l'opinion de M. Savatier mais moins nettement. — Demolombe, op. cit., VI, n° 269 et 270, en distinguant le stricto sensu (les droits véritables des parents sur la personne et les biens du mineur) et le lato sensu (l'obligation alimentaire, les droits successoraux, etc... qui ne sont pas limités à la minorité de l'enfant) et en attribuant aux ascendants la Puissance Paternelle à ce dernier sens exclusivement, nous paraît donner le son de cloche exact. — Nous avons vu que l'art. 17 de la loi de 1904, ignore les ascendants tout aussi bien que le titre II de la loi de 1889 qui parle seulement des père, mère et tuteurs.

tement leurs droits, incontestables dans le principe, en présence de la suprématie paternelle.

Nous rangerons donc les ascendants parmi les personnes non investies, en acceptant le risque que comporte la négligence de ce que nous nommerions volontiers une opportune systématique !...

DIFFERENTS GENRES DE CONFLITS SANCTIONNES

Le problème que soulève l'étude des conflits possibles entre le père et les grands parents revêt un caractère extrêmement complexe par suite de l'abondance des solutions d'espèces souvent contradictoires entre elles. Une analyse détaillée en serait à peu près impossible d'un point de vue méthodique, car ces décisions sont surtout motivées en fait et ne laissent pas, la plupart du temps, nettement apparaître les raisons qui ont déterminé le juge. Nous sommes ici dans le domaine d'élection de la juridiction prétorienne inspirée par des considérations de pure équité et qui se voile d'une formule juridique beaucoup plus qu'elle ne cherche à appliquer le Droit formulé. Qu'est-ce, après tout, exactement qu'un « abus certain de Puissance Paternelle », une « exigence expresse », un « excès très grave », une « circonstance exceptionnelle », sinon, comme nous le verrons, de très honorables prétextes à l'intervention *arbitraire* du Tribunal dans l'administration familiale ?

Nous nous bornerons donc dans ces quelques pages à exposer les grands courants de la jurisprudence en nous efforçant d'y apporter un peu d'ordre mais en prenant soin d'insister sur les aspects actuels de pratiques judiciaires qui sont la plus vivante expression de ce « Modernisme » auquel notre désir serait d'apporter une modeste contribution.

Le conflit des grands-pères et du père se présente sur un double aspect : l'ascendant va-t-il trouver dans sa parenté privilégiée de père et d'aïeul le droit d'intervenir dans l'éducation et l'entretien de l'enfant ? de *contrôler* de haut les prérogatives parternelles ? — Et, seconde question : en dehors de tout contrôle sur l'administration de la personne de l'enfant, n'a-t-il pas des droits certains à faire valoir en ce qui concerne ses *relations* avec ses descendants ?

Remarquons toutefois que fort distincts en apparence, ces deux côtés du problème se rejoignent pourtant sur un point : ils impliquent tous deux que l'ascendant dispose d'un droit *propre* sur l'enfant.

Ce droit leur a-t-il été toujours reconnu, en l'absence d'un texte précis et en l'état des dispositions des art. 372 et 373 ?

Nous retrouvons ici l'évolution dont nous avons dans notre *Introduction générale* tracé l'esquisse. C'est ainsi que Laurent affirme sur la foi de l'art. 372, la toute puissance des parents seuls investis et sur celle de l'art. suivant, il dénie à tous la possibilité d'intervenir dans l'exercice de l'autorité familiale (1). Un certain nombre de décisions suivent cet auteur.

Voici un arrêt de la Cour de Nîmes du 10 juin 1825 (2) que nous avons déjà cité (p. 19) et qui décide qu'un père devenu veuf, peut refuser de conduire ou de laisser emmener l'enfant dans la maison de l'aïeul maternel à des jours et heures fixées, alors même que ledit aïeul est le subrogé tuteur de l'enfant, car il s'agit là d'un « lieu étranger la maison paternelle ». Deux arrêts de la Cour de Paris confirment cette thèse absolue, l'un du 21 avril 1853, l'autre du 22 septembre de la même année (3). Ces arrêts décident que le père peut se refuser d'une manière absolue à laisser voir ses enfants par leur aïeul maternel même après la mort de sa femme et que l'aïeul ne peut exiger que le père veuf lui remette ses enfants.

Un arrêt de Bordeaux, du 13 juin 1860 (4), prohibe toute intervention de la justice dans l'exercice de la Puissance Paternelle pour « ne pas rendre les dissentiments familiaux plus profonds en les livrant à la publicité » et déclare qu'un aïeul ne saurait être autorisé à voir son petit-fils si le père survi-

(1) Op. cit., IV, n° 268 et 269. Nous renvoyons pourtant aux réserves que nous avons déjà faites, p. 21, sur la véritable pensée de Laurent.

(2) D., J. G., V° Puissance Paternelle, p. 567.

(3) D., 1854, V. 622 et 1856, II, 83.

(4) D., 1861, II, 92. Nous avons déjà cité cet arrêt connu surtout pour ses motifs mais qui est, il faut le reconnaître, diversement interprété, p. 19.

vant même remarié a interdit, même sans motifs, toute relation entre eux.

La Cour de Montpellier se range à cette opinion restrictive dans un arrêt du 17 février 1855 qui fut cassé par la Chambre civile le 8 juillet 1857 (1). La Cour de Cassation admet au contraire que les tribunaux ne peuvent repousser sans examen l'action de l'aïeul qui demande à voir son petit fils, en se fondant uniquement sur la toute puissance des droits du père.

Ne nous attardons pas davantage à ces interprétations absolues et rigoureuses qui nous paraissent aujourd'hui d'une autre époque et qui, d'ailleurs, faisaient en leur temps pousser les hauts cris au bon Demolombe : « Comment », dit cet auteur dans son style familier et pathétique, « l'aïeul serait « mourant, il demanderait à voir encore son petit enfant et le « père pourrait lui refuser cette consolation dernière, etc... ». Demolombe conclut donc dans un sens favorable au pouvoir modérateur dans son principe (2). Aubry et Rau opinent dans le même sens (3). Nous venons de voir que dès 1857, la Cour de Cassation mettant à néant un arrêt de la Cour de Montpellier, prenait également une position favorable aux réclamations des ascendants. La Cour Suprême fut, sur le principe, suivie par la quasi unanimité des Cours et Tribunaux.

Mais il ne suffisait pas de proclamer un principe général, il fallait en organiser l'application. Quelle serait l'étendue de ce droit propre reconnu dans une certaine mesure aux grands-parents ? Nous retombons logiquement dans la distinction que nous faisons tout à l'heure et qu'il échet maintenant d'examiner.

(1) Même référence au D., 1857, I, 273. — Ces diverses espèces sont à rapprocher du jugement du Trib. du Puy du 10 déc. 1869 rapp. au D., 1870, III, 64. — Jac fait remarquer dans *Grands-Parents et Petits-Enfants*, p. 4 et 5, que beaucoup de ces arrêts restrictifs, émanent de Cours d'Appel appartenant à d'anciens pays de droit écrit et qu'ils ont pu être influencés par des traditions ou des mœurs locales. La réflexion est curieuse.

(2) Op. cit., VI, N° 395.

(3) Op. cit., 4^e éd., t. V., par. 550, texte et note 26, p. 82.

A. — INTERVENTION DANS LA GARDE OU L'EDUCATION DU MINEUR.

Nous supposons ici que cette intervention n'a pas pour objet unique d'assurer à l'ascendant des *relations* avec son petit-fils, cette question devant être examinée plus loin. Il s'agit pour l'instant du cas où l'aïeul critique la façon dont le père se conduit à l'égard de son enfant dont il prétend que l'intérêt véritable physique ou moral est compromis. Peut-il demander à la justice un redressement de la gestion paternelle, peut-il même se substituer au père pour élever l'enfant (1) ? C'est une chose grave que d'accorder à un aïeul un droit aussi important qui va directement à l'encontre des art. 372 et 373 et qui le plus souvent, portant sur la garde elle-même, équivaudra en fait à frapper le père d'une sorte de déchéance. Eh bien ! pourtant, la jurisprudence a franchi ce pas sans s'encombrer de subtiles discussions juridiques, dans les hypothèses où l'intérêt de l'enfant commandait absolument un transfert de l'autorité paternelle.

Voici un jugement du Tribunal de la Seine du 15 décembre 1869 (2) qui statue sur une espèce remarquable : un père confie son enfant de santé délicate à son aïeul. Plus tard, le père prétend reprendre son fils et se heurte à un refus du grand-père. Le Tribunal donne gain de cause à ce dernier, pour « des raisons graves » qui ne sont pas davantage précisées et règle le droit de visite du père. Ce jugement est doublement intéressant en ce qu'il admet un droit de contrôle très étendu en faveur des ascendants en cas d'absolue nécessité et en ce qu'il fait une brèche dans le vieux système de l'indivisibilité de la Puissance Paternelle.

Le même tribunal rend dans une affaire du même genre une décision identique, le 27 juillet 1875 (3). Un père dont la santé est délabrée, reconnaît la nécessité de laisser son enfant

(1) Il ne s'agit pas dans nos hypothèses du droit, qu'en cas d'excès graves, les ascendants conservent de faire déchoir le père par application de l'art. 3 de la loi de 1889.

(2) D. 1869, II, 104.

(3) D., 1877 II, 61.

à ses grands parents mais ne s'entend pas avec eux sur les modalités de cette remise. Le Tribunal confirme la remise de l'enfant à son grand-père et règle là encore le droit de visite du père.

Et pour éclairer la nature juridique de ces transferts de la garde, citons l'arrêt de Requêtes du 3 mars 1856 (1) qui prend soin de préciser qu'il n'y a pas dans de pareilles mesures une déchéance mais une *restriction* aux droits dont le père fait un mauvais usage volontaire ou non.

Nous en avons déjà fait la remarque (p. 17 et 26) que les Tribunaux marquaient un goût certain pour ces solutions prudentes, essentiellement temporaires et bien adaptées aux circonstances.

Les lois sur la déchéance ont posé devant le monde juridique, nous l'avons vu (p. 29) le problème de la survivance du contrôle judiciaire. Malgré des résistances jurisprudentielles et doctrinales dont nous signalions (p. 95) l'écho assez surprenant dans la thèse de M. Lamperrière, qui date de 1910, le parti de la survivance l'a emporté. Néanmoins on aurait pu penser qu'en notre matière où il s'agit en réalité d'un véritable retrait de la garde au profit d'une personne non investie de la Puissance Paternelle, les Tribunaux auraient adopté une attitude nettement hostile à ces transferts déguisés. Il n'en est rien. La plus récente jurisprudence admet que dans des *hypothèses exceptionnelles*, le père puisse être dépouillé de la garde de l'enfant au bénéfice de l'aïeul. Nous citerons à cet égard l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 juin 1931 (2) et le jugement du Trib. de Fontainebleau si typique du 17 février 1933 (3).

L'arrêt de Requêtes confirme un arrêt de la Cour d'Aix du 4 juillet 1928 qui avait « confié la garde d'une mineure à « ses grands-parents maternels malgré la revendication du

(1) D., 1856, I, 290. — Cf. les deux arrêts de Requêtes des 15 mars 1864 et 27 janvier 1879 rapp. au D., 1864, I, 301 et 1879, I, 223 qui privent une mère destituée de la tutelle, de la garde et de l'éducation de ses enfants.

(2) Gaz. Pal., 1931, II, 345.

(3) Gaz. Pal., 1933, I, 807.

« père investi de la Puissance Paternelle ». La Cour de Cassation s'exprime ainsi dans un attendu unique : « Attendu « que les juges du fond constatent que le fait de refuser « actuellement aux grands-parents la garde de cet enfant « atteint de troubles psychiques, présenterait un danger « pour son système nerveux, qu'ils ont pu trouver dans « cette circonstance exceptionnelle le cas de nécessité leur « permettant de statuer comme ils l'ont fait, à titre provisoire, sans excéder leurs pouvoirs et sans violer les « textes visés au pourvoi ». On voit la minceur de l'argumentation de la Cour Suprême qui se borne à affirmer que des circonstances exceptionnelles permettent aux juges d'attribuer à l'aïeul la garde d'un enfant nonobstant les droits formels du père. Il est vrai que la garde est remise « à titre provisoire », mais toutes les mesures judiciaires sur la garde des mineurs sont provisoires, c'est-à-dire qu'elles durent avec tous les caractères de définitif tant qu'une décision contraire n'est pas intervenue et tant que le fait ayant motivé le transfert ne se modifie pas, il n'y a aucune chance que le Tribunal change d'avis. Malgré l'adjonction prudente de cette restriction toute platonique, il nous faut bien admettre que la Cour de Cassation autorise avec cet arrêt un authentique transfert du droit de garde du père à l'ascendant, dès l'instant que l'intérêt de l'enfant le réclame et si la constatation de cet intérêt ne relève que de l'appréciation souveraine du juge du fait, comme semble l'indiquer l'arrêt du 5 juin 1931, c'est un pouvoir d'une étendue et d'une importance réellement considérables que le droit positif le plus moderne confère ainsi aux Cours et Tribunaux, véritables régulateurs des puissances familiales.

Allons plus loin : on sait que d'après la jurisprudence récente de la Cour de Cassation (1) le survivant des époux divorcés reprend immédiatement après la mort de son ex-conjoint, la garde de l'enfant qui lui avait été enlevée. L'arrêt du 5 juin 1931 est de nature à calmer bien des inquiétudes qui se sont manifestées dans la doctrine à propos de cette conséquence parfois inique mais très juridique des règles tou-

(1) Req. 16 déc. 1930 — D. H., 1931, 34. — *La Société d'Etudes Législatives* délibère actuellement — février 1934 — sur cette question.

chant la Puissance Paternelle (1). Sans avoir à provoquer la déchéance du parent survivant, les grands-parents, s'il en existe, n'auraient qu'à demander au Tribunal la garde de l'enfant : *si leur réclamation est vraiment sérieuse*, ils obtiendront satisfaction sans avoir à redouter le contrôle de la Cour Suprême.

Le Jugement du Tribunal de Fontainebleau présente une application fort curieuse du principe posé par la Chambre des Requêtes : Un Américain marié à une Française l'avait, par ses brutalités, poussée au suicide; il se remarie avec sa maîtresse et laisse sa fille légitime entre les mains de ses grands-parents maternels, puis il repart en Amérique. Dix ans après, il entend reprendre son enfant alors âgée de 17 ans et fait opposition au jugement qui venait d'attribuer à la grand'mère maternelle la garde définitive.

Le Tribunal le déboute, affirmant le droit pour la justice de contrôler le mode d'exercice de la Puissance Paternelle, essentiellement divisible, et ce en dehors de toute déchéance : « Il appartient aux Tribunaux de réglementer le droit de « garde dès qu'il est justifié de motifs d'une gravité exceptionnelle mettant en péril l'intérêt de l'enfant et imposant « comme une nécessité absolue la restriction des pouvoirs du père » (2). Voilà bien encore un *retrait* en dehors de toute déchéance, *retrait provisoire*, aussi, certes, bien que le Tribunal ne le dise pas, mais qui durera tant que le père sera indigne ou inapte : l'intérêt de l'enfant ne demande rien de plus.

Et nous pensons même qu'il ne faut pas attribuer à ces expressions rigoureuses : « gravité exceptionnelle, nécessité absolue », une valeur trop exclusive. Assurément, pour qu'une juridiction prenne la grave décision de faire prévaloir l'aïeul sur le père, il faudra qu'elle constate que l'intérêt de l'enfant impose comme « une nécessité absolue » la restriction des pouvoirs du père, mais notre expérience personnelle nous amène à donner un sens assez élastique à ces arguments péromptoirs que le juge emploie volontiers quand sa décision se fonde sur d'impondérables appréciations !

(1) V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, I, N° 1282 bis.

(2) V. à propos de cette espèce : Lagarde in *Rev. Trim.*, 1933, p. 455.

Nous sommes ici, en effet, dans un domaine où, si nous osons dire, la conviction sentimentale prime les préoccupations légales; les indéfinis, « l'atmosphère » d'un débat inspirent à des hommes une solution d'équité : On décide ; et puis, l'on donne satisfaction à l'art. 7 de la loi du 20 avril 1910 au moyen de ces formules impérieuses et vagues qui font partie de l'arsenal judiciaire et qui rendent aux présidents de si notables services ! L'intérêt de l'enfant doit être même dans les cas où l'abus n'est pas extrême, ou la nécessité n'est pas si urgente, primordialement sauvegardé : l'enfant avant tout, avant les droits les plus certains du père. Il est à remarquer que si les Cours d'Appel confirment, c'est souvent par adoption des motifs et si elles réforment c'est en employant les mêmes formules que les premiers juges : On ne trouve au fond, dans toutes ces espèces, que des affirmations déguisées. « Il y a lieu » ou « il n'y a pas lieu à adoption » déclarent sans motifs les juridictions aux termes de l'art. 364. Elles ont dû pourtant apprécier si l'adoption présente un intérêt réel pour l'adopté. Le Législateur a estimé qu'il était inutile dans une matière toute de conviction intime, de motiver les décisions rendues. L'analogie nous semble frappante avec les situations que nous envisageons ici : les tribunaux ne font en réalité qu'exprimer dans leurs sentences qu'il y a lieu de confier l'enfant à ses grands-parents dans son intérêt ou que cette mesure est inopportune « en l'état ».

Ce mouvement, cette évolution extra-légale de la pratique judiciaire contemporaine, si intimement reliés à la morale, fondés sur le sentiment le plus haut de la dignité de la personne humaine, ne sont-ils pas après tout, la plus magnifique illustration de la parole de M. le doyen Gény : « Tout le Droit n'est pas enfermé dans la Légalité » ?

B. — RELATIONS ENTRE GRANDS-PARENTS ET PETITS-ENFANTS

Rappelons qu'il ne s'agit plus maintenant de cas où le père compromet la santé ou la moralité de l'enfant. Très simplement posée, la question est la suivante : L'ascendant est lié à son petit-fils par le sang; le père peut-il le priver de le voir et de jouir de sa présence ? Jusqu'à quel point peut-être vala-

ble l'argument que le père donnera immanquablement pour justifier son refus : Les relations entre mon père et mon fils nuisent à l'exercice normal et personnel de mes prérogatives, à mon autorité, à mon prestige ?

Ne revenant pas sur ce qui a déjà été dit, nous admettons que la jurisprudence dans sa quasi-unanimité proclame le droit des grands-parents à ne pas être privés arbitrairement de toutes relations avec leurs petits-enfants. C'est la nature, c'est la loi elle-même qui le fondent. Mais où la difficulté surgit, c'est lorsqu'il s'agit de savoir de quelle manière peuvent se concilier les deux droits ainsi en présence. Quelle est la juste mesure des droits des ascendants qui ne peuvent pourtant ni se substituer à ceux du père ni les entraver ?

L'abondance des décisions ainsi que leur diversité (à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure) prouvent à la fois la fréquence de ces conflits et la difficulté d'y apporter une équitable solution.

Nous avons dit que c'est l'arrêt de cassation du 8 juillet 1857 qui a posé le principe (1) : Le père doit compte à la justice de ses motifs de refus, lorsqu'il s'oppose aux relations entre l'aïeul et le petit-fils car il ne doit commettre aucun abus dans l'exercice de la Puissance Paternelle. La Cour de Bordeaux nonobstant son arrêt antérieur du 13 juin 1860, cité plus haut (2), revient à une appréciation plus saine des choses et par son arrêt du 16 juillet 1867 (3) réserve à l'aïeul le droit de déférer à la justice le refus du père, s'il est sans cause légitime. La même année, la Cour de Paris, reniant pareillement, sa jurisprudence antérieure (4), rend le fameux arrêt Azam (5). La disposition générale de l'art. 371 s'étend aux aïeuls paternels et maternels d'où il suit que ceux-ci ont le droit, malgré le refus du père, de voir leurs petits-enfants et les Tribunaux ont tout pouvoir pour régler la manière dont

(1) D., 1857, I, 873.

(2) D., 1861, II, 92.

(3) D., 1868, V, 340.

(4) 21 avril 1853 — D., 1854, V, 622, précité.

(5) 27 juin 1867 — D., 1867, V, 348 — S., 1868, II, 70.

ce droit doit être exercé : en l'espèce, l'aïeule maternelle pourra faire sortir l'enfant et même le garder chez elle. Cette Cour confirme sa jurisprudence le 14 août 1869 et le Tribunal de la Seine se hâte de l'adopter le 15 décembre suivant (1). Une ère de libéralisme s'ouvre : l'ascendant se voit reconnaître le droit de garder chez lui l'enfant. La Cour de Nancy, le 28 mai 1868 (2) décidait de son côté, qu'il appartenait aux Tribunaux de juger souverainement le mode d'exercice du droit reconnu aux ascendants.

La jurisprudence évoluait donc à la fin de l'Empire vers une interprétation extrêmement favorable aux grands-parents, mais il restait à préciser les limites de leurs droits. Ce fut l'œuvre des deux arrêts de Cassation des 12 et 26 juillet 1870 (3), le premier émanait de la Chambre des Requêtes et le second de la Chambre civile.

Ces deux espèces tout en confirmant le principe incontestable du contrôle judiciaire, apportaient des solutions différentes au problème qui nous occupe en créant ainsi une confusion qui fut une source de difficultés nouvelles.

La Chambre des Requêtes confirmant un arrêt d'Aix du 15 juillet 1869, décide que les juges n'outrepassent pas leurs droits en permettant aux grands-parents de recevoir et de garder chez eux leurs petits-enfants pendant un temps assez long (en l'espèce dix jours pendant les grandes vacances). La Chambre civile statuant quinze jours plus tard dans l'affaire Azam, cassait l'arrêt de Paris du 27 juin 1867 et décidait, alors que toute controverse semblait aplanie par l'arrêt précédent, que le contrôle des Tribunaux ne saurait aller jusqu'à ordonner, hors les cas déterminés expressément par la loi, que les enfants pourraient être confiés pendant un temps plus ou moins long, à tel ou tel de leurs ascendants; que des dispositions des art. 372 à 374 C.C., résulte le droit absolu pour le père d'avoir auprès de lui ses enfants mineurs lorsqu'ils sont en congé et de s'opposer à ce qu'ils soient confiés pendant ce temps ou une partie de ce temps à un autre ascendant et

(1) D., 1869, II, 238 et III, 104.

(2) D., 1868, II, 276.

(3) D., 1871, I, 217 - 218 et S., 1871, I, 28.

détournés ainsi de la maison paternelle. Ainsi cet arrêt fondamental inaugurerait la distinction capitale entre le *droit de garde* et le *droit de visite*. De ce dernier seul, les ascendants pourront se prévaloir malgré l'opposition du père; du premier le père ne pourra pas être dessaisi. Le 28 juillet 1891, la Cour suprême confirmait cette thèse par l'arrêt Durante (1) et de nombreuses juridictions l'adoptaient, estimant que le droit de visite donnait une satisfaction suffisante aux devoirs de déférence dont sont tenus les petits-enfants envers leur aïeul (2).

Mais, dans cette théorie, la façon même dont s'exercera le droit de visite soulève de nombreuses difficultés : Le père, dit l'arrêt de Bourges du 8 décembre 1884, a le droit de ne laisser voir ses enfants par les grands-parents qu'en sa présence ou en présence d'une tierce personne désignée par lui. L'arrêt de Cass. du 28 juillet 1891, précité, reconnaît qu'il est plus conforme à l'esprit de l'art. 371 que les demandeurs soient autorisés à recevoir l'enfant chez eux aux jours et heures prévus par le Tribunal. Sans témoins, ajoute l'arrêt du 12 février 1894, dès l'instant que l'affection de l'aïeul pour son descendant et son honorabilité ne peuvent être contestées, car leur imposer un témoin constituerait un acte de défiance inadmissible. Le père pourra être contraint même de conduire ses enfants chez l'aïeul, notamment après un second mariage (3) et surtout s'il se trouve être en mauvais termes avec les ascendants (4) ou encore si les infirmités ou l'âge de l'aïeul le mettent dans l'impossibilité de se déplacer (5).

(1) D., 1892, I, 70. — Remarquons toutefois que cet arrêt réserve le cas de « nécessité absolue ». Il cassait un arrêt d'Aix du 12 nov. 1890 — S., 1891, II, 25, note Naquet.

(2) Citons parmi d'innombrables arrêts en ce sens : Bourges, 8 déc. 1884 — D., 1886, II, 78. — Paris, 2 juil. 1885 — S., 1890, II, 132. — Agen, 6 nov. 1889 — D., 1890, II, 25 avec l'importante note de M. de Loynes. — (Cf. la note de M. de Loynes au D., 1893, II, 81). — Paris, 5 août 1908 — D., 1908, II, 288. — Trib. Bourg, 29 déc. 1925 — *La Loi*, 30 janvier 1926.

(3) Lyon, 27 mars 1886 — D., 1887, II, 155.

(4) Trib. Vendôme, 11 nov. 1909 — D., 1910, V, 30.

(5) Nîmes, 3 av. 1898 — D., 1899, II, 381 (pour l'âge) — Mais cet arrêt organise un droit de visite étendu de deux à six jours pendant les vacances. V. la dissertation de M. de Loynes précitée au D. 1890, II, 25 sur ces points.

Cependant l'arrêt du 26 juillet 1870 n'avait pas été suivi par toutes les juridictions dont un certain nombre restait fidèle à la conception plus large de la Chambre des Requêtes qu'approuvait M. de Loynes dans sa note au Dalloz de 1890. Cet auteur ne se déclarait pas partisan d'une formule étroite susceptible, en bien des cas, de blesser l'équité. Garde, visite, il y a là, disait-il, une question de plus ou de moins, de degré, dont il faut laisser l'appréciation aux juges; dès l'instant que les art. 372 et 374 n'ont pas une portée absolue, il est difficile d'apprécier théoriquement la mesure dans laquelle le droit reconnu des grands-parents va jouer. Et même, s'ils n'habitent pas la même ville que l'enfant, comment pourront-ils recevoir sa visite et exercer leur prérogative sans le garder avec eux pendant un temps plus ou moins prolongé ?

La Cour d'Aix maintient sa jurisprudence du 15 juillet 1869, mais cette fois-ci, elle est infirmée par l'arrêt du 28 juillet 1891, précité. La Cour avait autorisé les grands-parents à garder leurs petits-enfants dix jours consécutifs au moment des grandes vacances et un jour sur trois pendant les congés (1). La Cour de Nîmes, dans son arrêt du 3 avril 1898, autorise un droit de visite étendu: deux jours à Noël et à Pâques, six jours aux grandes vacances. Il est vrai que la Cour prend aussi en considération l'âge avancé des demandeurs, nous venons de le voir.

La jurisprudence dominante paraissait fixée, malgré ces quelques divergences, dans le sens de l'arrêt de Cassation du 26 juillet 1870, lorsque la Cour d'Aix, dont il nous est agréable de souligner le rôle important dans l'édification de cette théorie, rend un nouvel arrêt le 15 mars 1929 (2) qui autorise des grands-parents à recevoir chez eux pendant quinze jours leur petite-fille qui a perdu sa mère et qui vit en temps habituel avec son père remarié dans un lieu éloigné. « Il appartient aux juges, dit la Cour, de rechercher quelles « sont les mesures à prescrire pour que soient maintenues « dans leur intégrité des rapports d'affection que la nature « a elle-même créés entre les ascendants et leurs petits-en-

(1) Aix, 12 nov. 1890 — S., 1891, II, 25, note Naquet.

(2) D., 1930, II, 111, note note Nast.

« fants sans toutefois que de ces mesures puisse découler une restriction abusive de l'autorité du père de famille. »

Le Tribunal d'Avesnes dans une espèce bien étudiée (1) se rallie à cette thèse et règle ainsi le droit des ascendants : les quatre premiers jours de la première semaine d'avril, mai, juin, juillet, août et septembre de chaque année, l'enfant leur sera confié et le père aura la charge de le leur conduire.

Le contrôle des Tribunaux revient ainsi à une conception plus libérale du droit des ascendants; on considère que les droits du père ne sont pas compromis parce que son enfant cessera d'être sous son toit quelques jours de temps à autre. Le Tribunal de la Seine donne, le 28 juillet 1931, son adhésion à cette opinion (2). (Déjà en 1882 et 1883 (3) il en avait décidé ainsi).

Mais une vingtaine de jours avant ce jugement (ce qui nous permet de penser que le Tribunal de la Seine a prononcé *motu proprio*) la Cour de Cassation avait rendu son arrêt sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix précité du 15 mars 1929. La Chambre civile rejette le pourvoi (4) par les motifs de droit suivants : « Att. que l'art. 374 C. C. met obstacle en principe à ce qu'un enfant mineur soit confié par justice, contre la volonté du père, à la garde de ses grands-parents pour des séjours périodiques; que néanmoins les Tribunaux peuvent tempérer la rigueur de cette règle, lorsqu'il résulte des circonstances de fait que lesdits séjours sont le mode d'exercice le plus favorable du droit qui appartient aux grands-parents d'entretenir des relations avec le mineur sous la réserve d'établir des modalités propres à sauvegarder les prérogatives de la Puissance Paternelle, et, en particulier, les droits de direction et de surveillance consacrés par l'art. 374. »

L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 décembre 1930

(1) 15 janvier 1931 — Gaz. Pal., 1931, I, 533.

(2) S., 1931, II, 237. — Les ascendants pourront garder leur petite-fille âgée de 3 ans pendant deux périodes de trois semaines chacune.

(3) 13 juillet 1882 — Gaz. Pal., 1882, II, 259 — et 23 juillet 1883 — Gaz. Pal., 1883, II, 313.

(4) 6 juillet 1931 — S., 1931, I, 391.

précité (1) avait simplement affirmé que le juge règle le « droit de visite de la grand'mère » en se fondant sur les circonstances de fait. L'arrêt de la Chambre civile tout en proclamant et le droit intangible du père déduit de l'art. 374 et le droit des ascendants, attribue un large pouvoir d'appréciation aux Tribunaux qui devront concilier les prérogatives respectives des parties en recherchant « le mode d'exercice le plus favorable » du droit de l'aïeul. La formule est suffisamment souple et large pour que les juridictions du fait puissent se mouvoir entre deux termes extrêmes, croyons-nous : La possibilité de voir régulièrement et librement chez soi ses petits-enfants, d'une part, et de l'autre, dans le cas d'éloignement, par exemple, la garde assez fréquente (aux vacances notamment) prolongée une ou deux semaines. Exercé avec cette modération, le droit des ascendants se concilie parfaitement avec celui du père qui ne serait mal venu à se plaindre que ses parents ou beaux-parents, dès l'instant qu'ils sont honorables et que leur affection pour le mineur n'est pas contestée (arrêt du 12 février 1894), contrarient ses légitimes directives touchant l'éducation et la surveillance de son enfant (2).

En somme, toute cette action « modératrice » des Tribunaux a pour mesure pratique la sagesse et le tact, en même temps que le juste souci de ne pas troubler davantage une famille divisée par des querelles dont l'enfant n'est que trop souvent l'enjeu malheureux.

Nous ne dirons qu'un mot du mode d'exercice de l'action en réclamation des ascendants : C'est par la voie normale de

(1) S., 1931, I, 207.

(2) On remarquera que l'arrêt de 1931 ramène la jurisprudence à 60 ans en arrière et qu'il confirme la thèse soutenue en 1869 par la Cour d'Aix et le 12 juillet 1870 par la Ch. des Requêtes. — V. Savatier, *Rev. crit.* 1932, p. 403. — Nous recueillons à la *Gaz. du Pal.* du 12 avril 1934, au moment même de clôturer cette étude, un arrêt de la Cour d'Amiens du 7 fév. 1934 qui, réformant le jugement entrepris, règle très largement le droit de visite d'ascendants n'habitant pas dans la même localité que leur petite-fille : 2 dimanches, ou plutôt 2 *week-ends*, par mois ; 8 jours en janvier et à la Pentecôte, 1 mois aux grandes vacances. — La jurisprudence libérale se confirme donc nettement.

l'assignation devant le Tribunal qu'ils devront procéder. L'affaire sera bien entendue, plaidée et jugée à l'audience publique.

Néanmoins, en cas d'urgence, il ne serait pas douteux que le juge des référés serait compétent mais ce magistrat ne rendrait qu'une décision essentiellement provisoire (1).

Rappelons que pour faire respecter la décision de justice qui lui conférerait la garde provisoire ou même un simple droit de visite, l'ascendant dispose, depuis la loi du 23 mars 1928, des sanctions contenues dans l'art. 357 C.P. Il n'en était pas de même sous l'empire de la loi du 5 décembre 1901, qui ne visait que les père et mère (2). Aujourd'hui, commettent le délit de non-représentation d'enfant toutes les personnes qui ne représentent pas l'enfant mineur à ceux qui, d'autorité de justice, ont le droit de le réclamer (3). L'astreinte, mesure de coercition qu'on pouvait envisager autrefois, est donc devenue, depuis la loi du 23 mars 1928, complètement inutile.

(1) Douai, 24 juillet 1930 — Gaz. Pal., T, 1932, I, V° Puissance Paternelle.

(2) Paris 13 fév. 1903 — D., 1903, II, 374.

(3) Cass. Crim. 18 avril 1929 — Gaz. Pal., 1929, I, 824. — Cass. Crim., 31 juillet 1930 — Gaz. Pal., 1930, II, 478. — Cf. l'opinion des rapporteurs de la loi au D., 1928, IV, 191.

Section II

SITUATIONS PARTICULIÈRES

ROLE DU MINISTÈRE PUBLIC

A. — LES COLLATERAUX

Les controverses soulevées en jurisprudence par la question des droits des ascendants qui n'ont pas été admis, nous venons de le voir, sans difficultés, laissent deviner l'attitude rigoureuse qu'adoptent les Tribunaux lorsque de simples collatéraux croient pouvoir venir contredire en justice l'autorité paternelle. Celle-ci doit fléchir en certains cas, devant la personne de l'aïeul et nul, en somme, ne peut y objecter sérieusement, mais en présence de toute autre, elle reprend son empire absolu et ne souffre plus d'être contestée.

La Cour de Cassation, dans ses arrêts des 12 et 26 juillet 1870 et dans celui du 28 juillet 1891, précités, proclame le principe en termes non équivoques. Réserve faite des prérogatives des ascendants, le père a le droit de régler à sa guise les communications avec les personnes du dehors qui seront permises à ses enfants : il peut non seulement interdire à des tiers dont l'influence lui paraîtrait nuisible de les voir, même s'il s'agit de membres de sa famille (arrêt de 1891) mais même prendre communication des lettres adressées à ses enfants, les retenir et au besoin les supprimer (1).

(1) Paris, 9 juillet 1913 — D., 1915, II, 54.

Le collatéral le plus proche ne saurait revendiquer ni droit de garde, ni simple droite de visite : Il faut citer sur ce point précis une espèce typique qui situe l'attitude intran-sigeante de la justice en notre matière : Une mère veuve interdit à ses belles-sœurs, seules parentes du côté paternel de ses enfants, de voir ces derniers en invoquant la souveraineté de la Puissance Paternelle qu'elle exerce. Le Tribunal de la Seine, pourtant si libéral, saisi par les réclamantes, *rejette sans vouloir discuter le fond*, leur demande de droit de visite en affirmant le caractère absolu du pouvoir maternel (1).

Cette jurisprudence sévère serait-elle maintenue à l'heure actuelle ? Nous le pensons, malgré l'indéniable évolution des esprits vers une sorte d'individualisme tant soit peu anarchique depuis la guerre... sauf, peut-être, dans des hypothèses extrêmes (frère ayant remplacé le père, par exemple) desquelles, en définitive, on ne saurait tirer un enseignement général.

Mais en dehors de ce refus de consacrer des *relations* entre le mineur et ses collatéraux, la jurisprudence autorise-t-elle ceux-ci à contredire l'action paternelle dans le cas d'abus ou d'excès ?

Il faut répondre par la négative, nonobstant les pratiques suivies dans notre ancien droit (2). Ces parents qui n'ont pas qualité pour déclancher le pouvoir modérateur des Tribunaux n'auront que la ressource de provoquer une mesure de retrait du droit de garde du père, par application du n° 6 de l'art. 2 de la loi de 1889-1921. Ils agiront directement s'ils remplissent les conditions de parenté prévues par l'art. 3 (cousins germains du mineur ou degré plus rapproché), sinon ils adresseront leurs plaintes au Procureur de la République.

B. — LES MAITRES D'ECOLE ET MINISTRES DU CULTE

La jurisprudence dénie également à ceux qui ont la charge de l'éducation intellectuelle ou morale de l'enfant tout

(1) 17 fév. 1914 — S., 1914, II, 124.

(2) Demolombe, op. cit., VI, N° 398.

droit de contester les décisions prises par le père dans ce domaine.

Il n'est pas douteux, par exemple, que le maître d'école n'a aucun titre à s'immiscer dans l'exercice de la Puissance Paternelle. S'apercevrait-il de quelque excès, il ne pourrait que le dénoncer au Parquet. Pas davantage il ne pourrait retenir l'enfant, s'il n'était pas payé par les parents du prix de la pension (1).

Quid en ce qui concerne le ministre du culte que la protection des intérêts surnaturels du mineur peut rendre plus hardi ? La situation est la même. Le père seul, nonobstant tout accord contraire, même par contrat de mariage, avec la mère, apprécie quelle est la religion dans laquelle l'enfant doit être élevé (2). Et le prêtre qui, sachant qu'il est libre-penseur militant, baptise son enfant sans son consentement et en cachette, commet un acte illicite de nature à porter atteinte à ses prérogatives et ouvrant droit à des dommages-intérêts (3). Nous croyons savoir à ce sujet que l'Eglise Catholique, très soucieuse, elle-même, de respecter la liberté de conscience, interdit à ses ministres d'administrer le sacrement de baptême sans le consentement de l'intéressé ou de la personne qui le représente.

C. — L'EMPLOYEUR. — LE TRAVAIL DU MINEUR

En principe aucun contrat de Travail ne peut être conclu par le mineur sans l'autorisation de son père, ce qui met ce dernier à même d'exercer en cette matière comme dans les autres ses prérogatives de contrôle et de surveillance. Dans la rigueur des principes, on doit même penser que le père peut conclure un contrat de travail au nom du mineur et en l'absence de ce dernier, sauf évidemment les difficultés d'exécution qui se présenteront si le mineur ne consent pas à se

(1) V. D., J. G., V^o Puissance Paternelle, N^o 27 .

(2) Sic. : Demolombe, op. cit., VI, N^o 295. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., N^o 334. — Colmar 19 nov. 1857 — D., 1859, II, 36 — V. Suprà, p. 37.

(3) Trib. Poitiers, 5 juillet 1928 — S., 1929, II, 79. — Cf. Conférence des Av. Stag, de Paris, du 13 fév. 1933.

soumettre à la volonté paternelle (1). Autrefois (2), le père pouvait *proprio motu* engager son fils mineur comme mousse sur les bateaux de commerce. Depuis la loi du 13 déc. 1926 dont l'art. 110 a remplacé l'art. 29 de la loi du 17 avril 1907, le contrat d'engagement maritime est conclu par le mineur assisté de son père ou tuteur ou à leur défaut du Juge de Paix (3). Cette autorisation n'est utile d'ailleurs que pour le premier embarquement.

Le contrat d'apprentissage aux termes de l'art. 3 *in fine* du L. 1^{er} du Code du Travail, n'est signé que du « représentant » de l'apprenti. C'est une disposition fâcheuse dès l'instant qu'il s'agit d'un engagement relatif à la personne de l'enfant (art. 1^{er}).

La justice a de tout temps exercé un droit de regard sur les modalités des contrats de travail que les parents passent au nom de leurs enfants. L'espèce la plus curieuse qu'on puisse citer à cet égard est l'affaire Porel, directeur de l'Odéon, contre Yahne (4). La veuve Yahne avait signé avec le fameux Porel un contrat d'engagement de trois ans pour sa fille mineure. Cet acte stipulait au profit de la jeune artiste les appointements mensuels suivants : 100 francs la première année, 166 francs la seconde et 222 francs la troisième, et l'obligeait d'autre part, en cas d'inexécution, au paiement comptant d'un dédit fixe de 10.000 francs. La demoiselle Yahne abandonne le théâtre à la fin de la première année. Porel assigne la mère en paiement du dédit librement consenti par elle. La Cour confirmant le jugement du Trib. de la Seine qui lui était déféré, déboute le vorace directeur au motif que la veuve Yahne en consentant un dédit aussi peu en rapport avec les appointements de sa fille, avait dépassé ses pouvoirs d'administration. La clause pénale fut annulée mais l'intéressée fut condamnée à payer 1.000 francs de dommages et intérêts à Porel pour « préjudice subi ».

(1) Les tribunaux se refuseraient sans aucun doute à admettre que l'enfant puisse être contraint d'accepter un engagement qui ne lui conviendrait pas. — Sic : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., I, N° 338.

(2) Décret du 3 brum. An IV.

(3) S., Lois Ann., 1927, 6^e vol., p. 993.

(4) Paris 27 juin 1889 — D., 1890, II, 206, et S., 1889, II, 159.

La Cour de Cassation, le 10 février 1926, a rendu un arrêt très important dans cette matière (1). Elle a reconnu la nullité du contrat passé par le mineur sans l'autorisation de son père et décidé que la Société ayant embauché dans ces conditions « avait fait échec au droit de Puissance Paternelle ». Il n'est même pas requis que le contrat soit lésionnaire pour qu'il puisse être mis à néant, dès l'instant que la Chambre civile fonde la nullité sur le caractère absolu du droit de garde. Par voie de conséquence, le patron ne pourrait pas se refuser à rendre au père le livret d'ouvrier de son fils.

L'arrêt précité est même allé plus loin dans cette voie : le patron n'est pas fondé, y est-il précisé, à refuser au mineur un certificat « utile à son placement immédiat ». Il faudrait donc considérer que le contrat de travail est simplement résilié pour l'avenir.

Bien entendu, le patron ne pourra ni directement ni indirectement faire obstacle au droit de garde et d'éducation du père. Mais, à part des cas très graves, la seule sanction pratique d'une ingérence de l'employeur dans l'exercice des prérogatives paternelles, serait le retrait de l'enfant. En cas d'engagement à durée déterminée, le père aurait le droit de demander à la justice la résiliation du contrat, s'il prouvait que son autorité est bafouée du fait de ce dernier qui se serait ainsi rendu responsable d'une faute caractérisée.

D. — LE MINEUR LUI-MEME

Le mineur lui-même qui est, en somme, le principal intéressé dans ce débat ne serait-il pas recevable à se plaindre à la justice de la façon dont son père le traite ? « Un fils parvenu à l'âge de discernement et qui ne reçoit pas une éducation conforme à la fortune de son père, peut-il se pourvoir et demander à être mieux éduqué ? » demandait le Premier Consul au Conseil d'Etat (2). *Quid* s'il était l'objet de sévices ce qui serait bien plus grave ?

Demolombe, dans son libéralisme bonhomme, incline vers l'affirmative et cite à l'appui de son opinion deux arrêts

(1) D., 1927, I, 20 et S., 1926, I, 364.

(2) Loqué, *Lég. civ.*, t. VII, p. 20.

de Caen et de Bastia (1). Des motifs de l'arrêt de Caen, nous l'avons vu (p. 16), on ne peut tirer qu'un argument assez vague de principe. Au contraire, l'arrêt de Bastia doit être interprété comme favorable nettement à la recevabilité de l'action directe du mineur en justice. Voici cette espèce : Une veuve remariée et son second mari, les époux Durazzo sont destitués de la tutelle des enfants du premier lit. Le nouveau tuteur les fait condamner en première instance à restituer certaines sommes, à rendre compte, etc... avec contrainte par corps. Les époux Durazzo font appel, tandis que, de son côté, le tuteur fait appel d'une ordonnance qui lui a refusé le droit de faire retirer la mineure Félicité de tous les lieux où elle pourrait s'être réfugiée.

Les appels sont joints. A l'audience de la Cour, la dite mineure intervient en constituant régulièrement avoué et demande à rester avec sa mère. Elle se trouve donc au procès en présence de sa mère et de son tuteur. La Cour décide « qu'on ne saurait écarter l'intervention en cause de ladite « demoiselle sur le fondement qu'elle n'est pas assistée de son « tuteur, parce que s'agissant de fixer le lieu de sa demeure « dans le domicile de son tuteur et d'employer les moyens « coercitifs pour l'y contraindre elle a droit par la nature et « l'importance du fait de réclamer directement l'autorité de « la justice... ».

Nous pensons qu'une jurisprudence de cette hardiesse quasi révolutionnaire ne saurait être admise, du moins en l'état du système actuel de la déchéance (laquelle n'existait qu'éventuellement en 1826, rappelons-le). Elle se heurte à un double principe fondamental de notre droit : L'incapable n'a pas le droit d'ester en justice, même lorsqu'il n'a besoin que d'une *assistance*, comme la femme mariée. A plus forte raison, le mineur non émancipé qui n'est pas en principe *assisté*, comme le dit à tort la Cour de Bastia, mais *représentée* par son protecteur légal. S'il a des raisons sérieuses de se plaindre, qu'il s'adresse au Conseil de Famille, si la tutelle

(1) Op. cit., VI, N° 401. — Caen, 31 déc. 1811 — S., 1812, II, 280, précité.
— Bastia, 31 août 1826 — D., 1827, II, 179.

est ouverte ou au Procureur de la République par voie de requête (arg. art. 382, al. 2).

E. — ROLE DU MINISTERE PUBLIC

Reste à examiner rapidement la question de savoir si le Ministère Public « qui surveille l'exécution des lois, des « décrets et des jugements et poursuit d'office cette exécution « dans les dispositions qui intéressent l'ordre public » (1) n'a pas qualité pour intervenir au nom de la collectivité et contredire en justice l'action paternelle dans les cas où elle se serait révélée préjudiciable au mineur. Il ne s'agit, bien entendu, dans nos hypothèses, que d'une action civile intentée par le Ministère Public, partie principale, en dehors des cas où la loi lui confère elle-même un pouvoir propre. Nous avons vu qu'il peut réclamer la déchéance de la Puissance Paternelle, qu'il intervient normalement devant le Tribunal pour Enfants pour faire décider les mesures de garde et de redressement qui s'imposent, qu'il agit aux fins de la loi de 1908. D'autre part, l'art. 302 C. C. l'autorise à provoquer toutes décisions sur la garde de l'enfant en cas de séparation de corps ou de divorce.

Mais en dehors des cas où la loi lui donne le droit d'agir par voie principale (2), peut-il agir comme agirait un particulier, comme l'ascendant par exemple ?

L'art. 46, al. 1^{er} de la loi du 20 avril 1810, restreint son action d'office aux cas « spécifiés par la loi », néanmoins pendant très longtemps la question fut très débattue et la solution en passa par des fortunes diverses : restrictive à la suite de l'arrêt de la Chambre Civile du 29 fév. 1832 suivie par de nombreuses Cours (3) ; extensive, avec un important parti de Cours d'Appel auquel un arrêt de Requêtes du 25 mai 1869 (4), vint donner un appui puissant. Ce mouvement allait en

(1) L. 20 avril 1810, art. 46, par 2.

(2) V. Dalloz, R. P., V^o Ministère Public, N^o 116 et ss. — V. aussi le Supplément eod. loco.

(3) J. G., eod. verbo, N^o 96.

(4) D., 1869, I, 413.

s'accroissant dans les Cours d'Appel lorsque la Chambre civile rendit ses deux arrêts des 17 déc. 1913 et 25 fév. 1914 (1) par lesquels elle nous paraît fixer le droit : Le Ministère public est sans qualité pour agir d'office en matière civile en dehors des cas où l'ordre public est directement et principalement intéressé à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte et où il *ne lèse aucun intérêt rival*. La doctrine approuve généralement cette façon de voir (2).

LE DROIT DE CORRECTION ET L'ASSISTANCE SOCIALE

Le Procureur de la République serait donc réduit dans tous les cas où il ne peut abriter son action derrière un texte, à prendre des conclusions à l'audience en tant que partie jointe ? Oui, en principe. La paix, le secret des familles l'exigent et nous n'y contredirons pas.

Mais nous voudrions ici attirer l'attention sur une pratique exceptionnelle, relevant de l'empirisme judiciaire le plus certain — et partant d'une légalité contestable — qui depuis un grand nombre d'années a cours dans les Tribunaux. Nous voulons parler du contrôle de fait qui s'est institué, à la suite d'une initiative hardie du Trib. de la Seine, sur le droit de correction du père lorsqu'il est exercé dans les termes de l'art. 376 C. C. ainsi conçu : « Si l'enfant est âgé de moins de 16 ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois et à cet effet, le président du Tribunal d'arrondissement *devra*, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. »

On sait, sans qu'il soit besoin d'insister sur cette matière de la correction paternelle (qui échappe en elle-même, à notre sujet, car le contrôle de la justice y est légalement prévu et

(1) Journal des Parquets, 1914, II, 40 et 44. — S. 1914, I, 153, note de M. Ruben de Couderc. — Un arrêt de la Cour de Lyon tout récent : 23 mars 1933 — *La Loi* du 23 décembre — confirme cette jurisprudence.

(2) Garsonnet, *Traité de Procédure*, I, p. 334. — Glasson et Tissier, *Traité de Procédure*, 3^e éd., I, N° 112, 187, 188. — Japiot, *Procédure civile*, 2^e éd., N° 242. — Demolombe, op. cit., N° 399, influencé par les pratiques de l'ancien droit et l'opinion favorable de Pothier, incline vers l'interprétation extensive, mais avec de significatives hésitations.

réglementé) (1) que la doctrine classique considère que le pouvoir d'appréciation du père est *absolu* dans le cas de l'art. 376. On ne peut citer en sens contraire que deux ou trois auteurs dont Demolombe. Encore convient-il de souligner quant à ce dernier, que se lamentant sur la folie d'un père qui voudrait user de l'art. 376 à l'encontre d'un enfant en bas âge, il se borne à souhaiter que le Président puisse ne pas s'associer à l'insanité paternelle et refuse l'ordre d'arrestation (2).

Pourtant la pratique judiciaire est aujourd'hui unanime — du moins dans les grands Tribunaux (3). Sous le prétexte que l'art. 375 met comme condition à l'exercice du droit de correction « des sujets de mécontentements très graves », la justice s'arroge la mission de contrôler ces motifs. Et c'est ici qu'apparaît l'importance du rôle du Ministère public, *rôle officieux*, notons-le bien, mais déterminant : En réalité, ce magistrat, dans une procédure extra-judiciaire qui est une pure création prétorienne, s'érige en face du père de famille demandeur en correction, comme un contradicteur. Il l'entendra, si besoin est, fera prendre sur son compte tous renseignements utiles et communiquera le dossier avec ses conclusions au magistrat chargé de décider s'il y a ou s'il n'y a pas lieu d'autoriser la mesure sollicitée.

C'est en général ce nouvel et précieux organisme qu'on nomme le *Service d'Assistance Sociale* qui est chargé des

(1) Il sera bon toutefois, de distinguer le droit positif de correction paternelle, sur lequel le Président exerce un contrôle, quand il est exercé par voie de réquisition (art. 377) et la *modica castigatio*, prérogative souveraine du père, soumise en cas d'abus, comme les autres droits sur la personne de l'enfant, au pouvoir modérateur des tribunaux. — V. sur le principe : Pau, 25 mars 1889. — S., 1899, II, 165. — Cette prérogative est même reconnue aux délégués temporaires du père à l'éducation du mineur, comme les maîtres ou les ministres du culte : V. Grenoble, 19 déc. 1902 — S., 1903, II, 158.

(2) Op. cit., N° 313.

(3) V. in. *Rev. pénit.*, 1894, le rapport de M. Joly sur l'internement par voie de correction paternelle et la discussion qui l'a suivi, not. p. 173 et p. 300 et ss. les observations de MM. Petit et Vannier, hostiles à cette pratique. — *Addé* à la même revue, 1893, p. 454, un article de M. Brueyre et not. p. 465 les résolutions du congrès d'Anvers de 1890 favorables au contrôle de la justice dans tous les cas.

enquêtes en matière de correction paternelle comme en matière de déchéance. Voici, à titre d'exemple, comment est instruite à Marseille une demande de correction :

Le Parquet se saisit de la requête et envoie à remplir une feuille de renseignements à l'*Œuvre des Infirmières Visiteuses* pour les Français et les Italiens domiciliés en France ou à l'*Aide aux Emigrants* pour les étrangers autres.

Ces Œuvres établissent par l'intermédiaire d'*Assistentes* aussi dévouées qu'expérimentées, une fiche de renseignement sur le père, l'enfant et leur famille, extrêmement détaillée et complète (Composition de la famille — Adresses utiles de gens pouvant connaître l'enfant : amis, instituteurs, prêtres, etc... — Budget de la famille : recettes, dépenses, moyenne économique par personne et par jour — Extraits d'un fichier central et de renseignements judiciaires — Dates et résumés des visites à domicile : description du logement, personnes qui l'habitent, etc..., impressions faites par les intéressés, etc... — Histoire familiale — Renseignements obtenus sur l'enfant avec son histoire : scolarité, apprentissage, caractère, fréquentations, mode d'existence les dimanches et jours de congés, lectures, divertissements, etc... — Faits reprochés : versions des parents et de l'enfant, opinion et désirs des parents. — Conclusion).

Cette feuille est retournée en double exemplaire au Parquet. L'un d'eux est envoyé à un médecin spécialiste auprès duquel collabore une « Assistante psychologique ». Une fiche médicale est dressée à laquelle tous autres renseignements utiles, d'ordre psychique notamment, sont joints.

Le second exemplaire est destiné à l'*Office de l'orientation professionnelle* qui est ainsi en possession du *curriculum vitæ* complet du mineur qu'il examine, s'il le désire. Il formule ensuite ses propositions.

Ces deux organismes renvoient ensuite au Parquet leur feuille propre avec celle qui leur avait été adressée.

Le Procureur de la République réunit enfin tout le dossier avec ses propositions et après avoir entendu le père, s'il

le juge utile, entre les mains du Président qui statue (1).

On ne peut qu'augurer beaucoup de bien d'une collaboration aussi étroite entre le Droit et la Science des Mœurs, entre les juges et l'Assistance privée ou publique; mais n'est-ce pas intéressant au plus haut degré, du point de vue de l'histoire des Institutions, de suivre cette évolution du droit de la famille qui se dépouille progressivement de sa rigueur écrite et d'un désuet formalisme pour s'adopter souplement aux nécessités nouvelles d'une Société si profondément différente de celle qui l'avait conçu ? Les Tribunaux furent les bons ouvriers de cette tâche difficile soulignant par leur action parfois audacieuse mais toujours remplie de sagesse, les regrettables carences du législateur (2).

(1) L'œuvre des Infirmières visiteuses fonctionne régulièrement à Marseille depuis 1926 — Elle avait effectuée en 1930 54.000 visites — 26.000 enfants y sont inscrits. — L'œuvre parisienne du Service Social de l'Enfance en danger moral, de mai 1923 date de sa fondation, à avril 1932, avait étudié et orienté plus de 9.000 enfants (*Rev. Pénit.* 1932, N° 10-12, p. 642, discours de Mme Spitzer). — En 1913, le nombre total des corrections paternelles a été de 504. — Ce sont surtout les parents pauvres qui ont recours à cette mesure alors que le Code en édictant les art. 375 et ss. avait probablement en vue les classes moyennes.

(2) La proposition de loi de M. Besnard (v. *suprà*, p. 38) réglemente dans ses art. 5 et ss. le droit de correction. Il ne pourra être exercé que par les deux parents conjointement et il aura pour effet le placement dans une école de réforme pendant une période d'une année sauf renouvellement (art. 9). L'autorisation du tribunal sera toujours requise (art. 7) et l'enfant pourra dans tous les cas adresser au Procureur de la République une requête aux fins de modification de la mesure prise (art. 12). — Notons que cette proposition date de 1909 et n'a pas encore abouti. — Cf. la prop. Louis Martin, *suprà*, p. 55.

CHAPITRE TROISIÈME

LE FONDEMENT JURIDIQUE
DU CONTROLE JUDICIAIRE

CHAPITRE TROISIEME

LE FONDEMENT JURIDIQUE

DU CONTROLE JUDICIAIRE

Il nous reste maintenant à nous poser une question théorique. Jusqu'à présent, nous avons analysé la jurisprudence dans les différents cas où elle admet l'intervention judiciaire pour réprimer ce que dans le langage courant on nomme les abus de la Puissance Paternelle; mais ce contrôle doit reposer sur un fondement juridique : En vertu de quel principe le juge accueille-t-il la contradiction de la mère ou de l'ascendant à un droit réglementé ? Comment expliquer que les Tribunaux chargés d'appliquer la loi, puissent en consacrer, tout au contraire, la violation *formelle* ?

Essayons de trouver une justification théorique à notre jurisprudence.

I. — L'ABUS DES DROITS

« Les Puissances Familiales » dit M. Josserand dans son ouvrage sur *l'Esprit des Droits et leur Relativité* (1) « sont...
« des pouvoirs qui ne sauraient... sans péril être absolus et
« qui doivent comporter dans l'intérêt du groupe ethnique
« comme dans celui des êtres sur lequel ils portent, des limites nombreuses, les unes objectives qui sont formulées dans
« des instruments législatifs et sous une forme précise, les
« autres subjectives et qui sont représentées en thèse générale, par le contrôle de l'autorité judiciaire et le concept
« de l'abus des droits, celui-ci inséparable de celui-là ».

(1) N° 63.

Pour M. Josserand, l'intervention judiciaire dans le domaine des puissances familiales relève donc directement de la théorie de l'abus des droits envisagée sous un angle subjectif : Le juge aura pour mission d'apprécier la correction de l'acte paternel en en pesant les mobiles, en évoquant à sa barre les intentions, la bonne ou la mauvaise foi du père ; voyons quelles directives M. Josserand donne aux Tribunaux pour se guider dans cette tâche qui peut apparaître *à priori* comme singulièrement malaisée.

Il convient d'abord de classer au regard de la théorie qui nous occupe, les différents droit dont on peut être titulaire, d'en déterminer *l'Esprit* (1). Voici les *droits non causés*, enfermés dans des limites objectives et précises et n'admettant pas l'analyse des motifs; viennent ensuite les *droits à esprit égoïstes* qui sont créés pour la satisfaction particulière d'un homme mais qui ne doivent pas être retournés contre la Société; le droit de propriété en est le type. Enfin, les *droits à esprit altruiste* ou *droits-fonctions* sont accordés dans l'intérêt d'autrui. La Puissance Paternelle entre dans cette catégorie.

Lorsqu'on se trouve en présence d'un droit quelconque, on recherche la classe dans laquelle on peut le faire entrer et *ipso facto*, se trouvera définie la fin sociale suivant laquelle il devra être exercé. Il n'y aura pas « motif légitime » par exemple, à exercer un droit de puissance paternelle, comme l'émancipation, contrairement à l'intérêt de l'enfant.

De nombreuses critiques se sont manifestées contre une semblable classification si contraire à celle qui était traditionnellement admise par les juristes et qui prenait en considération non l'origine mais l'objet du droit (2).

On a même nié qu'il puisse exister des droits qui ne soient pas égoïstes, car l'homme défend dans la société ses intérêts personnels (3). En ce qui concerne la Puissance Paternelle, M. Ripert estime que bien au contraire, le législateur pourrait avoir jugé utile de donner à celui qui doit protéger un pouvoir de direction absolu, et M. Capitant, allant plus

(1) V. Josserand, op. cit., N° 305 et ss.

(2) V. G. Ripert, *Abus ou Relativité des droits* in *Revue critique* de 1929, p. 33 et ss. N° 12.

(3) H. Capitant in *Rev. Trim.* 1928 p. 365 et ss.

loin encore, dénie le caractère de droit subjectif à l'autorité du père qui « est une contre-partie du devoir de protection » et d'éducation de l'incapable... Il est bien évident qu'un « pouvoir de cette nature ne peut s'exercer que sous la surveillance, le contrôle de l'autorité publique qui doit veiller à ce qu'il ne soit pas détourné de son but... La théorie de « l'Abus du droit n'a rien à faire ici parce qu'il ne s'agit pas « d'un droit... le père, le mari qui font un mauvais usage de « leur autorité, *violent la loi* » (1). Il ne faudrait plus voir alors dans l'abus de la Puissance Paternelle qu'un acte fautif contraire aux règles de l'ordre public, à sanctionner comme tel.

D'ailleurs il semble bien que l'on considère trop souvent le droit du père — qu'on l'appelle fonction ou pouvoir, peu importe — comme donné uniquement dans l'intérêt de l'enfant. C'est un point de vue qui manque d'exactitude, à notre sens.

Il est vrai, nous l'avons surabondamment montré dans nos deux premiers chapitres, que l'intérêt du mineur ne doit pas souffrir de l'exercice du droit paternel qui est principalement organisé pour le servir. Mais il ne faut pas oublier non plus que la Puissance Paternelle est exercée aussi dans l'intérêt du père (la jouissance légale par exemple) et dans celui d'autres personnes ayant des droits sur l'enfant, la mère, les ascendants, etc... Nous avons vu que si l'intérêt de l'enfant est la constante préoccupation du juge exerçant son contrôle, il n'en reste pas moins que dans tous les cas le père est tenu de respecter les prérogatives légitimes d'autrui.

La distinction entre les différentes catégories de droits ne paraît donc pas, en vérité, présenter des avantages pratiques importants, mais elle demeure néanmoins un essai de systématisation très ingénieux et à ce titre mérite de retenir l'attention des juristes tout autant que des philosophes.

Après avoir essayé de donner une classification des droits suivant leur *Esprit*, M. Josserand tente de délimiter le domaine de la théorie d'après la nature de *l'incorrection* de l'acte réalisé.

(1) Ibid — M. Capitant enseigne qu'il n'y a pas et ne peut y avoir de droits véritables en dehors des rapports patrimoniaux des individus (eod. loco).

Il distingue à cet effet les *actes commis sans droit*, les *actes excessifs* et les *actes abusifs* (1).

Lorsque l'auteur d'un acte sort des limites objectives et matérielles de son droit, il engage, *ipso facto*, sa responsabilité : il a commis « un acte véritablement intolérable en lui-même ». La situation établie contrairement au droit doit prendre fin de toutes manières. Le trouble doit cesser : la sanction consistera dans une réparation en nature sans préjudice des dommages-intérêts qui pourront être alloués.

A l'extrême opposé des actes illégaux, nous trouvons les actes *excessifs* : ce sont ceux qui, accomplis en vertu d'un droit incontestable et dans un but légitime sont cependant de nature à causer à autrui un préjudice excessif.

Ici, l'acte n'est plus incorrect intrinséquement, il devient simplement productif de responsabilité par les conséquences matérielles auxquelles il aboutit. C'est le cas d'un industriel qui compromet les récoltes avoisinantes par les fumées et les gaz qui se dégagent des cheminées de son usine.

La théorie de l'Abus des droits ne s'applique pas à ces deux premières catégories mais seulement à la troisième et dernière qui comprend les « actes fautifs et plus spécialement les actes injustifiés ou abusifs » (2). C'est parmi eux que sont placés les abus de la Puissance Paternelle : Celui qui est titulaire du droit a exercé une prérogative qui lui appartenait sans en dépasser les limites objectives, l'acte est irréprochable *légalement*, mais si les mobiles qui l'ont déterminé sont « répréhensibles, s'ils contredisent la finalité du droit », alors sa responsabilité est engagée. La sanction sera la réparation du préjudice soit en nature soit sous forme de dommages-intérêts.

M. Ripert s'est élevé contre ces distinctions entre les différentes catégories d'actes incorrects (3). Pour lui l'abus de droit se confond avec le défaut de droit ; sortir des limites d'un droit exercé sans motif légitime, ou accomplir un acte sans droit, c'est agir illégalement. La sanction pratique sera

(1) Op. cit., N° 26, 62, 244 et ss.

(2) Josserand op. cit., N° 26.

(3) Ibid., N° 18 et ss.

la même : pas de préjudice, et toute action échouera par défaut d'intérêt dans les deux cas; préjudice établi, et réparation en nature possible dans les deux cas également. Une seule différence en somme : la preuve de l'illégalité sera plus facile à faire que celle de l'abus. On connaît trop la position qu'avait prise M. Planiol sur cette question pour que nous nous y arrêtions ici (1). Nous nous bornerons à rappeler qu'il dénonçait vigoureusement la « logomachie » de la théorie nouvelle qu'il ne pouvait admettre (2). Pour lui comme pour M. Ripert, il n'existe dans toutes ces hypothèses d'actes incorrects qu'une question de responsabilité. MM. H. et L. Mazeaud, au contraire, tout en contestant la théorie elle-même acceptent la distinction fondamentale « si simple » entre le défaut de droit et l'acte abusif (3).

*
**

Voilà donc assignée à la Puissance Paternelle la qualité de « droit-fonction » à exercer dans l'intérêt de l'enfant. Nous savons aussi qu'elle est susceptible d' « abus ». Il s'agit maintenant de déterminer quels seront les critères exacts de l'acte abusif; à quels signes le juge reconnaîtra-t-il que le père a mal agi ? Le problème est d'importance, car il contient en lui-même la clé de toute la théorie. Suivant la précision de la réponse, l'abus des droits apparaîtra comme un instrument pratique et sûr de contrôle, une sorte de régulateur de l'activité humaine placée sous le signe de la morale sociale et de la bonne foi individuelle, ou bien au contraire comme une spéculation ingénieuse et subtile de philosophie juridique dont le maniement se révélerait plein de dangers dans un prétoire, car il permettrait aux juges de masquer des décisions arbitraires sous le voile de formules pleines d'incertitudes et d'obscurité.

M. Josserand précise, tout d'abord (4), que le concept de l'abus ne doit pas être cantonné dans un domaine purement

(1) Planiol et Ripert, op. cit., I, N° 871 et ss.

(2) M. Josserand répliqua en traitant l'argumentation de M. Planiol de « Calembour, simple facétie juridique, sophisme assez banal » ! — Op. cit., N° 245.

(3) Traité de la Responsabilité civile, I, N° 550 et 551.

(4) Op. cit., N° 226.

subjectif; la théorie de l'abus, dit-il « présente en réalité une « double face, l'une subjective, l'autre objective, puisqu'elle « implique la confrontation des motifs de l'agent — élément « personnel et subjectif — avec la fonction, le but de droit en « cause — élément social et objectif ». Remarquons aussitôt le risque de confusion qui peut s'établir dans l'esprit du lecteur : Nous avons, en effet, cité plus haut (p. 143) un passage de cet auteur où l'abus des droits en matière de puissances familiales se présentait comme destiné à maintenir les prérogatives paternelles dans leurs limites *subjectives*. Nous entendons bien, que pour M. Josserand, la question de savoir si la théorie est un système subjectif ou objectif n'a pas « une « sérieuse importance pratique; peut-être même en est-elle « totalement dépourvue ». Mais nous avouons ne pas être d'accord sur ce point avec lui. Pour nous, au contraire, qui avons constamment les yeux tournés vers la réalité quotidienne, il y a là un point d'une importance extrême au regard de l'administration de la preuve ; relativement aisée dans l'ordre des faits objectifs, elle s'avère singulièrement plus délicate dans l'ordre des intentions.

La confrontation dont il vient d'être parlé risque fort d'être un puzzle compliqué... et qu'on ne nous dise pas, qu'en somme, la réduction de semblables difficultés entre dans l'office normal du juge, car nous objecterions alors que nous ne voyons pas la nécessité d'augmenter pour lui les sujets de confusions et d'embarras.

*
**

L'auteur de l'*Esprit des Droits* en vient ensuite à l'examen des différents critères qu'il propose pour différencier l'acte abusif de l'acte correct. Nous ne le suivons pas dans le détail de son analyse des *critères intentionnel, technique, économique* et *social* ou *finaliste*, car d'une part, nous n'avons pas le dessein de faire ici une étude d'ensemble de la théorie après tant d'autres bien plus qualifiés que nous et, secondement, parce que M. Josserand dit lui-même que l'abus « consiste « invariablement... dans le détournement d'un droit par rap- « port à sa destination, à sa mission sociale... » (1). Et ce cri-

(1) N° 285.

tère finaliste tiré de l'esprit des droits est lui-même concrétisé « grâce à l'utilisation du *motif légitime* qui en constitue l'expression sensible et comme la figuration... » (1). L'acte sera normal ou abusif, poursuit M. Josserand, « selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques en service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons ».

Le motif légitime doit donc être distingué de l'intérêt *légitime* sur lequel certains auteurs ont cru pouvoir trouver un point d'appui solide (2), précisément parce que ce critère est mieux saisissable par son objectivité que celui qui est fondé sur un *but tout* psychologique. C'est ainsi que M. Brèthe fonde le contrôle des puissances familiales sur la conception de l'intérêt de l'enfant, sans se dissimuler d'ailleurs que la mission du juge sera rendue fort difficile du fait que la Puissance Paternelle comporte en faveur du père un très large pouvoir d'appréciation. Non seulement cette remarque est exacte et compromet par cela même la valeur du critérium proposé, mais il ne faut oublier en outre que la fonction paternelle s'exerce non seulement dans l'intérêt de l'enfant mais dans celui de son titulaire et aussi d'autres personnes déterminées, nous l'avons déjà dit. Comment dès lors, faire le départ entre les intérêts divergents de tous ces bénéficiaires de la Puissance Paternelle ? Le problème se complique au lieu de s'orienter vers une solution.

M. Ripert analysant la notion d'illégitimité ajoute « qu'il n'y a que deux choses qui rendent l'acte illégitime ; ou le caractère immoral de l'intention, ou le détournement des fins sociales d'un droit jugé relatif » (3). La difficulté ne cesse donc de s'accroître : La « bataille idéologique » (le mot est de M. le Doyen Morin) en quoi finalement se résument

(1) N° 296.

(2) V. l'importante note de M. Brèthe sous Cass. req., 7 mai et 24 nov. 1924. — S., 1925, I, 217.

(3) loc. cit., n° 7, note 4.

toutes ces controverses devient querelle de terminologie. M. Josserand conteste de son côté, le sens nouveau qu'on donne à l'expression « intérêt légitime » en soulignant que dans le langage courant le mot « intérêt » évoque une idée d'utilité personnelle à l'agent, alors que dans les cas des « droits fonctions » l'intérêt à envisager est celui d'une autre personne. Si bien que cet auteur ramène le critère à l'esprit de la fonction, à son but social et par delà ce but à la notion de motif légitime (1).

Mais enfin, qu'est-ce donc que ce motif légitime ? Sans doute va-t-on nous en donner une définition ? « Nous l'attendons encore », dit M. Ripert (2). On nous expose que ce critère universel par lequel le droit se réalise dans « l'ambiance sociale » est « sujet à révision au cours des âges », qu'il fait partie d'une « gamme extrêmement riche », qu'il est d'une grande « flexibilité » (3), qu'enfin, en contre-partie, les motifs illégitimes sont en gros et par ordre de gradation descendante : la collusion, le concert frauduleux, la fraude à la loi, le dol et l'intention de nuire, la mauvaise foi et tout en bas et en dehors de ces mobiles supposant la conscience du préjudice causé : les motifs « simplement fautifs » tels que la faute lourde ou légère, la négligence, etc...

En vérité, est-ce une définition qu'on nous offre dans cette nomenclature ? à tout le moins une directive, un instrument précis de jugement ? Les Tribunaux à qui s'en remet en dernière analyse M. Josserand seront-ils plus informés qu'avant du contenu des droits subjectifs ? On aurait peine à le croire.

La recherche du but social du droit, problème de « téléologie » n'est pas sans comporter de son côté et si on l'envisage objectivement, des aléas sérieux. Veut-on faire des questions juridiques autant de chapitres distincts de la sociologie ? Ce serait peut être aller un peu loin sans nier toutefois cette *ambiance sociale* dans lequel se meut le droit contemporain tout spécialement.

(1) Op. cit., n° 290.

(2) loc. cit., n° 11.

(3) Op. cit., n° 299.

Va-t-on obliger le juge à s'informer auprès d'experts économiques avant de prononcer sur une question d' « abus du droit de propriété » et surtout n'y a-t-il pas à craindre de voir se mêler au droit la politique et aux arrêts les opinions particulières de ceux qui les rendront ? Peut-on croire que les Soviets ont inscrit dans leur Code civil les articles premier et 153 dans l'unique dessein d'assurer le règne de l'équité pure dans les relations entre particuliers ? (1) Qui oserait l'affirmer et soutenir que les individus ont, sous un pareil régime la jouissance de leurs droits et la sécurité de leur exercice ? (2).

*
**

Nous pensons ne pas devoir nous étendre davantage sur cette fameuse théorie de l'abus des droits pour et contre laquelle tant de lances furent et continuent d'être rompues.

Sous le signe du simple bon sens pratique résumons-nous à ce sujet : L'abus des droits n'a pas imposé des solutions logiques nouvelles au problème de la responsabilité civile. C'est surtout une querelle d'idées assez confuses et (ce qui est proprement criticable) de terminologie. Peut-être faut-il penser, avec M. le professeur Emge, que la défectuosité de ce concept vient de ce qu'on n'a pas pris l'habitude de fixer d'abord le *contenu* du droit subjectif qu'on cherche à limiter ensuite par la motion d'abus, à la faveur de laquelle on tente de réparer une erreur initiale et c'est ce qui rend impossible toute systématique (3). Il faudrait alors reprendre tout le problème à la base.

Mais, « si, par souci très légitime d'une langue juridique « bien faite, l'on se refuse à intégrer, à titre définitif, dans le

(1) *Article premier.* — Les droits civils sont protégés par la loi sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale.

Article 153. — Les droits du père sont exercés exclusivement dans l'intérêt des enfants et dans le cas d'exercice abusif, le tribunal a le droit de priver les parents de ces droits. (Trad. Patrouillet et Dufour).

(2) M. Ripert, loc. cit., N° 11 et ss. et MM. H. et L. Mazeaud, op. cit., N° 573, rejettent comme dangereux le critère finaliste.

(3) V. *Etudes philosophiques*, juin 1929.

« domaine juridique le concept défectueux d'abus des droits,
« l'abandon de ce concept n'entraîne pas nécessairement celui
« des solutions concrètes très satisfaisantes dont le concept est
« pour ainsi dire, le vêtement juridique... » (1).

Il est bien certain que les théoriciens de l'abus ont rendu
« un immense service » (2) à la science juridique en appelant
l'attention sur les applications multiples de cette idée de faute
commise dans l'exercice d'un droit. A cet égard leurs discussions
ont été singulièrement éclairantes et n'ont pas peu
contribué à révéler la richesse du concept de responsabilité.

II. — LE DETOURNEMENT DE POUVOIR

On peut proposer un autre fondement au contrôle des
Puissances familiales, fondement qui rend compte, mieux que
l'abus des droits, du caractère spécial de la fonction ou du
pouvoir paternel : c'est la théorie du détournement de pou-
voir du droit administratif. D'ailleurs, M. Josserand apparente
le détournement et l'abus qu'il considère comme deux ra-
meaux issus d'une souche commune, celle de la relativité des
droits qui ont un but à remplir duquel ils ne doivent pas
être détournés (3). M. Hauriou a eu l'idée de ce rapproche-
ment (4) mais il l'envisage d'une manière assez superficielle.
Pour lui, comme pour beaucoup de juristes qui ont confronté
les deux notions, la différence essentielle qui les sépare c'est
que l'administrateur ne détient pas un droit subjectif : il
détient une autorité; il viole la loi qui le lui a confié s'il en
use en vue d'une fin autre que celle pour laquelle l'autorité
lui a été donnée : il accomplit un acte illégal, abstraction faite

(1) Ibid., communication de M. G. Morin. L'article du même auteur
paru à la *Rev. de Métaphysique et de Morale* de 1929, p. 267, sous le titre
*l'Abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine
juridique*, est le développement de cette communication.

(2) H. et L. Mazeaud, op. cit., N° 581.

(3) Op. cit., N° 193. — V. Laparre, *La théorie de l'abus du droit et la
théorie du détournement de pouvoir*, th. Paris, 1913, not. p. 78, 87 et 114.

(4) *Précis élémentaire du droit administratif...*, p. 197.

du point de savoir s'il a causé un préjudice (1). L'abus du droit, au contraire, paraît être à ces auteurs uniquement une théorie de réparation du préjudice qui se rattache au fait de l'exécution et à des circonstances qui peuvent être étrangères en partie à la décision exécutoire; ce concept correspond à la notion de bon commerce juridique tandis que le détournement de pouvoir correspond à celle de bonne administration considérée en soi dans l'acte (2).

Il apparaît cependant qu'il ne faut pas perdre de vue que, dans l'esprit de ses défenseurs, la théorie de l'abus des droits s'applique aussi bien aux « droits fonctions » qu'aux « droits égoïstes » et que les premiers sont en dehors du *commerce juridique*. M. Jossierand souligne cette confusion : la sanction de l'abus, dit-il, n'intervient pas forcément en nature, elle affecte aussi parfois l'aspect d'une nullité et c'est le cas pour l'abus des puissances familiales (3). Ne pourrait-on dans ces conditions, considérer le droit paternel comme une sorte d'autorité publique et son abus comme un détournement analogue à celui d'un administrateur ? M. L. Dallant dans une note au Dalloz (4) relève la similitude des deux situations sans aller jusqu'au fond de la question. M. Nast opine dans le même sens : « Si les parents, dit-il, détournent leur autorité de sa destination normale, s'ils en abusent contrairement à l'intérêt de l'enfant, ils commettent un « abus de fonctions », un « détournement de pouvoirs », et les actes qu'ils accomplissent cessent d'être légitimes » (5).

(1) V. H. Capitant, loc. cit.

(2) Hauriou : Note sous Conseil d'Etat, 27 fév. 1903. — S., 1905, III, 17. — M. Ripert — loc. cit., N° 21 — partage cette façon de voir, mais il semble réserver précisément le cas de la Puissance Paternelle. — M. Jacquelin parle de « différences irréductibles » : Cours de Doctorat 1932-33 — Rép. écrites des *Cours de Droit*, p. 379.

(3) Op. cit., N° 194.

(4) 1930, II, 91, sous un arrêt de la Cour de Montpellier du 29 janvier 1927.

(5) Note au D., 1930, II, 111, sous un arrêt de la Cour d'Aix du 15 mars 1929.

M. Capitant, nous l'avons vu (p. 144), admet que les puissances familiales sont des pouvoirs placés sous le contrôle de l'autorité publique. Les prétendus abus qui en sont faits sont en réalité des violations de la loi. L'ordre public exige que le juge en surveille l'exercice et en prévienne le détournement. Hostile à l'assimilation des deux théories dans le domaine des droits patrimoniaux, cet auteur semble admettre l'application possible à notre domaine (portion réservée du droit privé) d'une notion qui relève spécifiquement du droit public.

Que faut-il en penser ?

*
**

On sait que le détournement de pouvoir est une des causes d'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir : On peut dire, d'une manière générale, que c'est par la détermination du but et, par conséquent des motifs de l'acte, que le Conseil d'Etat peut juger s'il contient un détournement de pouvoir. Il doit rechercher si les raisons qui ont motivé la mesure prise sont ou non dans l'intérêt du service (1). Nous sommes ici, comme dans le cas d'un acte privé *abusif*, en présence d'un acte de l'autorité administrative qui ne contient aucune illégalité caractérisée, aucune violation d'une règle de droit : Un ministre nomme un sous-préfet à une sous-préfecture vacante dans des conditions absolument régulières; un maire interdit à une société musicale déterminée de sortir en cortège pour des motifs déduits de l'ordre public. Mais les intentions et le but de l'auteur de l'acte ne sont pas corrects, c'est-à-dire que ce n'est pas l'intérêt du service qui a motivé la décision; le sous-préfet nommé l'a été pour ordre, il ne rejoint pas son poste: sa nomination n'a eu pour but

(1) V. : Cons. d'Etat, 19 fév. 1909 — D. 1910, III, 121. — 7 juillet 1916 — Recueil Conseil d'Etat, p. 276. — Cet arrêt a inspiré la définition que donne M. Haurou de la notion de détournement à son *Précis de Droit Adm. et de droit public*, 12^e éd., p. 442. — 19 nov. 1926 (arrêt Monzat sur les nominations pour ordre) — S., 1927, III, 138 et D., 1928, III, 35 avec la note de M. J. Devaux.

unique que de lui procurer un avantage personnel. Le maire n'a, en réalité, interdit la sortie de la Société et n'a usé de ses pouvoirs de police que dans un esprit de parti.

Comme dit M. Hauriou, la théorie permet d'aller plus profondément que la recherche de l'illégalité, son objet véritable est d'assurer la défense de l'administré du point de vue de la moralité de la fonction (1).

Cette notion du détournement de pouvoir rendrait compte, d'une manière assez satisfaisante, du contrôle des puissances familiales, il faut le reconnaître, beaucoup mieux, semble-t-il, que la théorie de l'abus des droits qui ne laisse pas de procurer un certain malaise à l'esprit du fait du caractère artificiel de sa construction et de sa terminologie hésitante. La situation de l'administrateur et du père, vue en gros, offre de frappantes similitudes : fonction à exercer dans l'intérêt d'autrui, caractère d'ordre public et de protection de ce pouvoir. Les sanctions de l'irrégularité sont dans le principe semblables : nullité de l'acte incorrect, sans appréciation de préjudice matériel (2). Une émancipation remplissant toutes les conditions pour être valable sera annulée par le juge comme un acte administratif, dès l'instant que le père l'aura réalisée non dans l'intérêt de l'enfant mais dans le sien propre. Il est vrai qu'il s'agit avec l'émancipation — exemple qui vient, pour cette raison même, naturellement à l'esprit — de la réalisation d'un acte juridique créateur d'une situation de droit nouvelle; l'assimilation devient plus difficile pour un simple abus d'une prérogative paternelle comme le droit de garde susceptible de plus ou de moins et comme tel échappant à la sanction unique du détournement : l'annulation d'un acte ayant son existence propre. Il est de l'essence même du pouvoir modérateur des Tribunaux d'éviter les sanctions brutales et de procéder au contraire par redressement nuancé de l'ac-

(1) Cf. Allibert, *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 236 et 237.

(2) Bien entendu, il est toujours possible de sanctionner l'acte irrégulier du père par des dommages-intérêts en cas de préjudice certain et évaluable. De même correspond à la notion du bon commerce juridique qui doit s'établir entre l'administration et ses administrés à l'occasion de l'exécution du service public, l'attribution éventuelle de réparations pécuniaires.

tion paternelle; la justice nous l'avons dit, entend exercer une sorte de haute tutelle de fait sur l'exercice des puissances familiales et en définitive, si l'on nous pardonne une image, elle presse mais ne brise pas : elle entend que l'autorité paternelle plie sans vouloir qu'elle se rompe.

Avec le détournement de pouvoir, il n'est pas possible d'envisager une action souple et de modeler la répression sur l'irrégularité : La théorie se comprend à merveille dans sa sphère propre d'application qui est le droit public, et l'on saisit ici au vif la différence qui sépare la vie administrative de la vie du droit privé qui règle les rapports des hommes entre eux par voie de conciliations entre des droits particuliers antagonistes mais du même ordre, d'un potentiel équivalent, pourrait-on dire, alors que l'Etat supérieur hiérarchique des individus, leur impose une police, un règlement s'exprimant en formules péremptoires. Contre *l'acte administratif* détourné de son utilité véritable, le bien public, annulation possible par le recours en détournement de pouvoir; contre l'acte abusif du père, contrôle plastique du Tribunal s'exprimant au moyen d'une gamme étendue de sanctions bien adoptées au redressement à opérer et allant de la nullité à la simple modération d'une activité excessive, à sa normalisation.

Il est cependant un cas où les conditions d'exercice du détournement de pouvoir semblent se réaliser pleinement, en ce sens qu'il s'agit bien alors de critiquer un acte de l'autorité publique, c'est celui que nous avons étudié à propos de la revendication des pupilles de l'Assistance Publique et du recours formé par le père contre l'arrêté du Préfet qui refuse, aux termes de l'art. 17 de la loi du 27 juin 1904, la restitution de l'enfant à ses parents (1).

Ici, il s'agit bien d'un acte de l'autorité publique : Nous avons essayé de montrer avec M. Alcindor que, nonobstant la compétence spéciale que le Trib. des Conflits attribue aux Tribunaux Civils, l'Assistance Publique est un *service public* ayant mission de gérer des *intérêts privés* et qu'en droit, l'arrêté du préfet statuant sur la cessation de l'Assistance,

(1) V. Suprà, les développements que nous avons consacrés à cette question, p. 97 et ss.

présente les mêmes caractères que celui qui statue sur l'admission d'un pupille dans ce Service (1). L'arrêté du préfet n'est pris que dans l'intérêt de l'enfant qui est la mesure de son opportunité et de sa validité quant au fond. Le père ne dispose, dans l'opinion la plus généralement reçue, que d'un recours de principe et non d'un droit de revendication qui le supposerait investi de prérogatives de même potentiel, du même ordre que celles de l'Assistance. Il est donc placé dans la même situation que celle dans laquelle se trouve un administré déférant au Conseil d'Etat un décret ou un arrêté qu'il prétend entaché d'excès de pouvoir. Nous en avons déjà fait la remarque (2).

Nous ne pensons donc pas, en définitive, que l'on puisse trouver dans cette théorie administrative, en dehors du cas très rare dont nous venons de parler, un fondement solide au contrôle judiciaire des Puissances Familiales. Nous sommes ici en plein droit privé, restons dans le droit privé, assez riche par lui-même pour donner au juriste toutes les satisfactions et fournir toutes les explications nécessaires sans avoir à faire appel au droit public qui manifeste, quant à lui, en la personne de ses théoriciens, un très vif esprit d'indépendance vis-à-vis des principes du droit civil. Il y a, comme nous l'avons dit plus haut, des similitudes entre les abus ou excès de l'autorité paternelle et ceux de l'autorité publique et il pouvait être intéressant de les souligner, mais il n'y a pas, croyons-nous, à chercher à les expliquer de la même manière et sur le même fondement.

III. — LA FAUTE

C'est en dernière analyse, par la notion de faute délictuelle ou quasi-délictuelle que nous tenterons d'expliquer juridiquement le contrôle judiciaire qui nous occupe et nous avons la conviction, au terme de notre étude, que nous rendrons, par ce moyen, beaucoup plus exactement que par tout autre, compte de la véritable pensée des Tribunaux lorsqu'ils

(1) V. spécialement, *suprà*, p. 98, l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juillet 1932 et l'opinion de M. Aleindor.

(2) V. *suprà*, p. 101.

répriment ce qu'ils appellent les « abus » ou les « excès » de la Puissance Paternelle.

Nous avons déjà dit que les considérants des arrêts ne nous éclairent pas sur le fondement que les Tribunaux donnent à leurs décisions : ils paraissent partir de cette idée que « le pouvoir du père n'est pas absolu ni sans contrôle » et qu'il doit en faire un « usage légitime » (1) ; donc il ne peut ni « couvrir du voile du droit » un usage illégitime de son autorité (2) ni commettre dans son exercice « des exagérations ou des abus » (3). Il appartient aux juges de « régler l'usage et de prévenir l'abus » des prérogatives paternelles dit un autre arrêt de la Cour Suprême (4) et nous rappelons que l'arrêt de la Cour de Cassation de Florence que nous avons rapporté *in extenso* (p. 47) parle nettement de « faute du mari qui crée une situation anormale à sa femme ». Nous avons à sa suite (p. 48) fait de la faute du mari une des conditions d'exercice de l'action de la femme pendant la séparation de fait.

Pourquoi, en effet, chercher à se payer de mots, déclarons-le simplement ? A quoi bon rechercher le fondement du contrôle judiciaire dans des théories du droit public ou dans des constructions conceptuelles inconsistantes dont on est encore à rechercher le vocabulaire et qui, finalement, aboutissent à l'abandon total entre les mains des juges ?

La théorie traditionnelle de la faute, intentionnelle ou non, appelée aujourd'hui théorie de l'acte illicite (5) ne suffit-elle pas à tout expliquer ? et s'il faut s'en remettre à l'appréciation concrète du Tribunal en dernier lieu, ne vaut-il pas mieux que ce soit sous le couvert de cette notion, connue, maniable, qui a fait ses preuves et dont l'avenir n'est pas si compromis que certains auteurs l'estiment, peut-être ? Ce n'est pas assurément « s'obstiner délibérément dans la contemplation d'un passé aboli » (6) que recourir à une termi-

(1) Cass. req. 12 juillet 1870 précité — D., 1871, I, 218.

(2) Cass. civ. 8 juillet 1857 précité — D., 1857, I, 274.

(3) Cass. civ. 26 juillet 1870 précité, — D., 1871, I, 217.

(4) Cass. civ. 28 juillet 1891, précité — D., 1892, II, 71.

(5) V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, II, N° 827 et N° 863 bis.

(6) L. Josserand, D. H., 1934, chron., p. 25 et ss.

nologie « vénérable » et qui a le mérite de traduire commodément en formules juridiques cette idée banale que les hommes commettent des erreurs et des « pêchés » graves ou non, volontaires ou non.

Nous ne ferons pas ici une étude de la notion de faute pour ne pas retomber à nouveau dans la stérile dialectique. On sait que M. Planiol la définit par « un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui » (1) et que l'analyse expérimentale seule peut rendre compte de ce qu'est une faute. Cette analyse est facilitée par le grand nombre de cas d'espèces qui se sont présentés devant les Tribunaux soit au pénal soit au civil, si bien qu'on peut dire que peu de matières ont été aussi minutieusement explorées par la jurisprudence que celle de la responsabilité civile, surtout depuis qu'il est jugé que la faute pénale des art. 319 et 320 C. pén. « comprend tous les éléments de la faute civile » (2) et qu'ainsi on peut se référer à la nomenclature de l'art. 319 pour déterminer la nature d'une faute quasi-délictuelle.

Ce manquement à ses obligations ne le retrouvons-nous pas dans les différents abus commis par le père dans l'exercice de son pouvoir familial ? Volontaire, dans les cas de séparation de fait, lorsque pour brimer sa femme il se servira à tort de ses prérogatives touchant la garde, l'éducation, l'émancipation; volontaire encore, lorsqu'il refusera à l'aïeul toute relation avec ses petits-enfants; faute délictuelle au premier chef lorsque l'enfant sera privé, de parti-pris, des soins

(1) Planiol et Ripert, op. cit., II, N° 863 — Cf. H. et L. Mazeaud, op. cit., I, p. 316 et 360. Ces auteurs passent en revue les diverses définitions proposées (par MM. Planiol, Demogue, Em. Lévy notamment) et concluent qu'en droit Français, la faute délictuelle a des contours très précis : notion purement subjective, elle se caractérise par la volonté méchante, l'intention de causer le dommage (N° 415). Il ne faut pourtant pas oublier de préciser que l'intention de nuire ne suffit pas à engager la responsabilité, il faut encore que l'acte commis soit illicite. — Quant à la faute quasi-délictuelle c'est pour MM. H. et L. Mazeaud, une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage (N° 439).

(2) Cass. civ. 30 déc. 1929 — Gaz. Pal., 1930, I, 317 — confirmé par une suite importante d'arrêts.

moraux, intellectuels ou physiques indispensables. Manquement involontaire à la suite de négligence, d'imprudence, d'inattention, d'impéritie, lorsque le père s'avérera être un éducateur insuffisant ou incapable : tel celui qui, gérant un bar, laisserait ses jeunes enfants en contact constant avec une basse clientèle, sous le prétexte qu'il lui est difficile de les tenir dans un lieu plus adéquat à leur âge et leur situation.

C'est, pour partie, à ces différentes catégories de fautes quasi-délictuelles que se réfèrent le « défaut de soins et le manque de direction nécessaire » prévus comme une cause de déchéance par le n° 6 de l'art. 2 des lois de 1889-1921.

Au demeurant entre l'une et l'autre faute, il n'y a pas de différences à établir, croyons-nous, car toutes deux constituent des actes illicites et le père « ne doit pas violer la loi » (1).

Mais quelle est la nature du dommage causé par le père dans nos hypothèses ? encore que « toute espèce de préjudice » justifie une action en justice, qu'il touche la personne ou « les biens, qu'il soit matériel ou moral susceptible ou non » d'une évaluation exacte en argent » (2), il faut penser qu'il sera presque toujours moral : quand l'ascendant, la mère, le père lui-même au regard de l'Assistance Publique se plaignent d'un abus de la Puissance Paternelle, ils invoquent la lésion d'un sentiment, d'un intérêt moral, le leur ou celui du mineur. On ne se trouverait en présence d'un préjudice matériel que dans le cas — assez rare — où l'enfant subirait un dommage dans sa personne physique. Mais, peu importe, au point de vue du principe du droit à réparation.

Comment s'effectuera la réparation ? Rien ne s'oppose à l'attribution de dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi dans le passé, s'il est réellement appréciable. En fait les contestants se borneront à solliciter la cessation de l'irrégularité reprochée, c'est-à-dire le rétablissement d'une situa-

(1) Cf. H. Capitant, loc. cit. — V. suprà p. 144 et 154. — Rapp. G. Ripert, *Abus ou Relativité des droits*, loc. cit., N° 13 et *La Règle morale dans les obligations civiles*, N° 100.

(2) Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, N° 546.

tion légale méconnue par le défendeur (cas d'abus du droit d'émancipation d'un enfant confié par justice au demandeur) ou encore la défense de continuer certains agissements appréciés comme illicites (abus du droit de garde ou d'éducation, par exemple) (1). Les Tribunaux jouiront quant au mode ou à l'étendue de la réparation d'une liberté très grande : Nous avons vu (p. 58 et ss.) que dans la matière de l'émancipation, les juges optaient, suivant les circonstances, entre différentes sanctions. Investis par la loi de la mission de réparer, « ils ont, par là-même, reçu le pouvoir de donner tous les ordres nécessaires à la disparition complète du dommage » (2) et ils restent libres, dans les limites des conclusions des parties, d'adopter la condamnation qu'ils estiment être la mieux adaptée à la réparation du dommage causé (3). C'est ainsi que pour faire respecter une décision ordonnant la remise de l'enfant à un tiers, les Tribunaux, avant la promulgation de la loi du 23 mars 1928, assortissaient fréquemment les condamnations qu'ils prononçaient d'une astreinte, qui s'avère comme une mesure singulièrement efficace de coercition.

*
**

On voit combien la théorie de la faute semble bien adaptée à la matière délicate des abus de la Puissance Paternelle : certes, nous n'avons pas la prétention d'affirmer qu'elle fonde mathématiquement le contrôle de l'autorité paternelle ni qu'elle se présente à l'esprit comme un instrument positif et rigoureux d'investigation et d'explication. Son caractère très

(1) Mlle L. Ripert a contesté dans une thèse récente : *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle* (Paris 1933) que la réparation d'un préjudice puisse être ordonnée sous une autre forme que la forme pécuniaire. En réalité, dans nos espèces, les mesures prises par les Tribunaux ne seraient destinées qu'à la punition du coupable et non à l'indemnisation de la victime, par une sorte de survivance de l'idée de peine privée : V. not. N^{os} 12 et ss., 49 et ss.

(2) H. et L. Mazeaud, op. cit., II, N^o 2307.

(3) Cf. l'art. 79 du projet du Code des obligations de Pologne (partie générale) qui laisse au juge le plus large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le mode de réparation, en nature ou par équivalent.

extensif s'oppose rationnellement à ce qu'elle soit aussi une théorie compréhensive : la faute ne se laissera jamais définir d'une façon exacte; élément essentiellement plastique de la vie juridique, elle offrira toujours des contours fuyants et se dérobera à l'analyse de l'exégète. Mais il n'en reste pas moins que son existence est certaine, que les Tribunaux, nous l'avons dit, ont une grande expérience du maniement de ce concept et même qu'ils en font un usage parfois hardi. Quoi qu'on en ait écrit, nous pensons que c'est en s'appuyant, en définitive, sur la vieille loi Aquilia que la jurisprudence moderne a édifié cette belle construction de la Responsabilité civile sur les maigres fondations du Code civil. Ne disons pas trop de mal d'une notion qui a fait ses preuves et qui est fort loin d'être périmée : *L'Ordre Juridique latin* n'est peut-être pas si en péril que certains auteurs le soutiennent (1) et nombreuses sont les législations qui sont encore à critère intentionnel (2).

(1) Cf. *La décadence de l'ordre juridique latin*, in *Etudes Philosophiques* de décembre 1933 — Communication de M. G. Morin.

(2) Code civil Allemand, art. 226 et 826. — Autrichien, art. 1295. — En ce qui concerne le C. Civil Suisse de 1907-12, l'art. 2 semble bien envisager un critère fonctionnel et finaliste, mais certains auteurs soutiennent que la jurisprudence se rallie plutôt à l'idée de faute (H. et L. Mazeaud, op. cit., I, No 592) alors que d'autres sont d'un avis opposé (M. Josserand, op. cit., N° 215). — La controverse est vive en ce qui concerne l'art. 74 du projet de Code franco-italien des obligations. M. Ripert, loc. cit., N° 16 note I, dit que cet art. rattache dans tous les cas la responsabilité à l'idée de faute. Contrà : H. et L. Mazeaud, op. et loc. cit.

CONCLUSION

Nous avons essayé de montrer, au cours de ces quelques pages, l'évolution qu'a subie le droit de la Famille et spécialement la Puissance Paternelle depuis le Code Civil; mais il serait profondément inexact d'en conclure que l'action modératrice des Tribunaux a eu pour résultat de favoriser l'éclosion et le développement au sein de la vie domestique d'une sorte d'anarchisme individualiste en contradiction avec les règles salutaires de l'autorité, indispensable au gouvernement d'un foyer comme à celui d'une nation. Le père dirige ses enfants et les élève avec autant de liberté qu'autrefois sous la seule réserve que son action leur soit profitable. Ce qui apparaît aujourd'hui comme illicite, c'est le bon plaisir, l'usage arbitraire de prérogatives légales; contre la mauvaise foi, la méchanceté du chef, l'enfant, la mère, l'aïeul devaient être protégés. Le Code civil qui n'envisageait les hommes qu'abstraitemment en dehors du milieu social et sur un plan économique sans différenciations n'avait pas pensé à sauvegarder la personne humaine; il devait appartenir aux Tribunaux d'accomplir, sous la pression des idées et des faits, ce grand-œuvre : la constitution en marge de la loi écrite d'un Droit des Faibles. Empirique de nos jours encore, il s'édifiera sans doute, peu à peu, en théorie des droits essentiels de la personne, comme le dit M. G. Morin, faisant ainsi pendant au « devoir moral des Forts ».

Le contrôle judiciaire de la Puissance Paternelle aura été un des premiers échelons de cette entreprise si largement humaine et ce n'est pas son moindre intérêt.

Mais envisagée sous cet angle, l'intervention de la justice dans le domaine délicat qui nous occupe, apparaît comme plus directement inspiré par la règle morale que par la norme

juridique : « Le droit doit réaliser la justice » dit M. Ripert, « et l'idée du juste est une idée morale » (1). Non seulement le magistrat devra traduire « le jugement que lui dicte cette règle morale » (2) dans sa décision, mais il aura l'obligation d'exprimer aussi la volonté sociale dont il sera l'interprète ; « Laisser aux juges une grande initiative, en faire de grands arbitres, telle est l'une des tendances les plus certaines du mouvement juridique contemporain... Pour en arriver là, il sera aussi nécessaire que le Français essentiellement individualiste accepte peu à peu une législation sociale qui considère les hommes non seulement dans leurs droits mais aussi dans leurs devoirs... » (3).

Mais cette législations sociale, le juriste ne pourra l'établir et l'appliquer qu'avec la collaboration du sociologue trop négligé par lui jusqu'à présent. Si les auteurs des lois sur la Puissance Paternelle avaient étudié cette institution comme un fait sociologique et non pas seulement juridique (sous l'influence consciente ou non du droit Romain), la jurisprudence n'aurait pas eu à la redresser, à lui imprimer un mouvement humain, à lui composer en un mot son vrai visage... C'est ici l'occasion de rappeler la parole de M. Cl. du Pasquier : « Ce sont des hommes et non des algébristes qui ont appliqué la loi » (4).

Il n'y a pas à se dissimuler, de ce point de vue, que cet office nouveau qu'on réclame des juges « grands arbitres », ne vas pas sans modifier profondément les idées qu'on se faisait sur l'interprétation du droit; une école à tendances très libérales, dite du *Modernisme Judiciaire*, s'est même créée en Suisse sous l'influence de la jurisprudence hardie du Tribunal Fédéral pour préconiser le retour à une sorte de *prétorianisme* empirique. D'après le Tribunal Fédéral, en effet, la loi est insuffisante en elle-même et les juges doivent user

(1) *La règle morale...*, N° 6.

(2) *Ibid.*, N° 21.

(3) Cl. Ch. Géniaux, *La réforme du Code et la réforme morale* — *Petit Marseillais* du 2 nov. 1933.

(4) *Modernisme judiciaire et Jurisprudence Suisse*, cité par M. Perreau à la *Rev. Trim.* 1933, p. 34 et ss.

du pouvoir qu'ils tiennent de l'art. 1^{er}, al. 2 du Code Civil helvétique (1) quand l'application stricte d'une loi générale produit un résultat choquant dans un cas particulier (2). Cette théorie que certains philosophes Allemands trouvent encore trop timide (3), mais qui, dans son principe, a rencontré l'approbation d'autorités comme M. le Doyen Gény en France et M. Cornil en Belgique (4), nous apparaît comme assez dangereuse, en vérité. Nous le faisons observer lorsque nous parlions du critère finaliste dans le Code Soviétique; il n'est pas opportun de remettre aux Tribunaux un pouvoir juridictionnel si étendu que le pouvoir réglementaire s'y trouve en partie intégré. Nous ne souhaitons pas, en ce qui nous concerne, que la magistrature soit gratifiée d'un tel gouvernement (5). A chacun son rôle : aux administrateurs d'établir les textes, aux juges de les appliquer avec une marge très large d'appréciation permettant de sauvegarder, dans toute la mesure du *plerumque fit*, l'équité dans les domaines si multiples de la vie concrète...

L'étude du contrôle judiciaire de la Puissance Paternelle, création hardie, souple et mesurée, conforme au génie de notre race, nous aura, nous l'espérons, permis de montrer un des aspects les plus vivants et les plus modernes de cette recherche du Vrai et du Bien.

FIN

(1) Ainsi conçu : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce suivant le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, *selon la règle qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* ».

(2) V. Perreau, loc. cit., p. 40.

(3) L'école du *Freirecht*, dont le porte-parole est Ernst Fuchs.

(4) Perreau, loc. cit.

(5) Cf. G. Ripert, *la Règle morale...*, N^{os} 205 et 206.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE FOND. — THESES. — MONOGRAPHIES

- ALCINDOR. — *Les Enfants Assistés*, Livre I.
Des conditions dans lesquelles peuvent être remis à leur famille les enfants assistés.
- ALLIBERT. — *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 236 et 237.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil français*, 4^e édition, tomes V et VI.
5^e Edition par BARTIN, tomes I, VII et IX.
- AZÉMA G. — *L'Etat et les Enfants abandonnés*, thèse Bordeaux 1930, p. 11 à 97.
- BEAUMANOIR. — *Coutume de Beauvoisis*, chapitre 21.
- BÉRAUD P. — *Le droit de Puissance Paternelle dans le Code civil et depuis le Code civil*, thèse Montpellier, 1912.
- BRISAUD. — *Cours d'histoire générale du Droit français : La Puissance Paternelle.*
- CAMBON. — *De la protection de la personne de l'Enfant contre les abus de la Puissance Paternelle*, thèse Dijon 1900, p. 98, 99, 202 et suivantes.
- CHARDAVOINE E. — *Protection légale de l'Enfance malheureuse*, thèse Montpellier 1932, chapitres III et IV.
- DAURIAC. — *La Séparation de fait entre époux*, thèse Paris 1924.
- DEMANTE. — *Programme*, tomes I et II.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, tome VI.
- DRUCKER. — *De la protection des Enfants contre les abus de la Puissance Paternelle.*

- DURANTON. — *Cours de Droit français*, tome III.
- FAIVRE D^r. — *Les jeunes vagabondes prostituées en prison*.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome X.
- FLEURY. — *De l'application et de l'interprétation de l'art. 6 de la loi du 27 juin 1904*, thèse Rennes 1910, p. 89 et suivantes.
- GARSONNET. — *Traité de Procédure*, tome I.
- GAUTRON. — *Le contrôle des Tribunaux sur l'exercice du droit de garde de la Puissance Paternelle durant le mariage*, thèse Rennes 1931.
- GIRARD et SENN. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, p. 147, 152 et suivantes.
- GLASSON et TISSIER. — *Traité de Procédure*, 3^e édition, tome I.
- GRAND R. — *Cours d'histoire du Droit civil et du Droit canonique à l'Ecole des Chartes: La Famille*.
- HAUROU. — *Précis élémentaire de droit administratif...* 12^e édition, passim.
- HUC. — *Commentaire du Code Civil*, tome III.
- JAC. — *Grands-parents et petits-enfants*, p. 4 à 10.
- JACQUELIN. — *Cours de droit administratif au Doctorat 1932-1933*
- JAPIOT. — *Traité de Procédure Civile*, 2^e édition.
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 1^{re} édition, tome I.
- LAMPÉRIÈRE. — *La revendication des enfants recueillis par l'Assistance Publique*, thèse Paris 1910, chapitres IV et V.
- LAPARRE. — *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, thèse Paris 1913, p. 78, 87, 114 et suiv.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, tome IV.
- LOCRE. — *Législation civile*, tomes VI et VII.
- LOYEL. — *Institutes coutumières*, n^o 55.
- MAZEAUD H. et L. — *Traité de la responsabilité civile*, tomes I et II
- MOSSÉ A. — *Rapport au Comité de défense des Enfants traduits en justice de Paris*, 1920.

- PASQUIER (Cl. du). — *Modernisme judiciaire et jurisprudence Suisse*.
- PETIT E. — *Traité élémentaire de droit romain*, 9^e édition, p. 83 et suivantes.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édition, tomes I et II.
Traité pratique de droit civil, tome I, par SAVATIER, tome II par ROUAST, tome VI par ESMEIN et tome XIV.
- PLANTEAU DU MAROUSSEM. — *Le Contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d'éducation*, thèse Paris 1887
- POTHIER. — *Traité des Personnes*, n^{os} 129 à 142.
- PRÉVOST Eug. — *La prostitution des enfants*, préface par M. le bâtonnier Barboux.
- RIBBE (de). — *La Société provençale à la fin du Moyen-Age*, p. 137.
- RICHARDOT. — *Des pactes de séparation amiable entre époux*, thèse Caen 1930.
- RIPERT Georges. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édition, n^{os} 6, 21, 100, 205, 206.
Abus ou Relativité des droits (extrait de la *Revue Critique* de 1929).
- RIPERT Lucienne. — *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris 1933, n^{os} 12 et 49.
- RODIÈRE et PONT. — *Contrat de mariage*, tome I, n^o 63.
- TAUDIÈRE. — *Traité de la Puissance Paternelle*, p. 101 et suivantes, 414 et suivantes.
- VAZEILLES. — *Contrat de mariage*, tome II n^o 431.
- VINCENT. — *La séparation de fait entre époux*, thèse Paris 1922, chp. V.

AVIS ET CIRCULAIRES MINISTÉRIELLES. — PÉRIODIQUES

AVIS DU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR des 13 novembre 1906 et 22 août 1909.

CIRCULAIRE DU MINISTRE DE L'HYGIÈNE du 29 janvier 1924.

CIRCULAIRE DU MINISTRE DE LA JUSTICE du 25 août 1925.

BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES 1920, 1931.

COMPTES GÉNÉRAUX CIVIL ET CRIMINEL 1927 et 1930.

ÉTUDES PHILOSOPHIQUES (LES), bulletin de la Société d'Études
Philosophiques de Marseille, juin 1929 et décembre 1933.

ILLUSTRATION du 24 octobre 1931.

JOURNAL DES DÉBATS, article d'E. SEILLIÈRE, 16 juillet 1933.

JOURNAL OFFICIEL, documents parlementaires Sénat 1932.

Documents parlementaires Chambre 1888, 1905, 1909, 1924.

Débats parlementaires Chambre, 1904.

PETIT MARSEILLAIS, article de Cl. Ch. GÉNIAUX, 2 novembre 1933.

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE, 1883, 1891,
1927, 1929, 1932.

REVUE DE MÉTAPHYSIQUE ET DE MORALE, 1929.

REVUE PÉNITENTIAIRE, 1893, 1894, 1909, 1911, 1912, 1932.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL, 1909, 1912, 1928, 1931,
1932, 1933.

REPERTOIRES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

BECQUET. — *Répertoire de Droit administratif*, au mot : Assis-
tance Publique.

DALLOZ. — *Code civil annoté et additions*, livre I^{er}, titres 8 et 9.

— *Répertoire méthodique et alphabétique de législation,
de doctrine et de jurisprudence et supplément*, cité : J. G.,
aux mots : Puissance Paternelle et Minorité.

— *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de
jurisprudence et supplément*, cité : R. P., aux mots : Autori-
sation de Femme Mariée, Hospices, Ministère Public, Mino-
rité, Puissance Paternelle, Secours Public.

— *Recueil hebdomadaire de jurisprudence*, cité : D. H.

— *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, cité : D.

DENIZART (*Le nouveau*), tome VI, Puissance Paternelle.

GAZETTE DU PALAIS.

GAZETTE DES TRIBUNAUX.

JOURNAL DU PALAIS.

JOURNAL DES PARQUETS.

LA LOI.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, au mot : Education.

SIREY. — *Jurisprudence du XIX^e Siècle refondue d'après l'ordre chronologique*, cité : S. chron.

— *Lois annotées 1927*.

— *Recueil général des lois et Arrêts*, cité : S.

— *Répertoire général alphabétique du droit français*, au mot : Puissance Paternelle (non cité).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PREFACE	9
INTRODUCTION GENERALE	
I. — CARACTÈRES DE LA PUISSANCE PATERNELLE DANS LE CODE CIVIL	9
II. — L'APPORT DU CODE PÉNAL.....	14
III. — ELABORATION DE LA THÉORIE DU CONTROLE JUDI- CIAIRE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE.	16
IV. — LE SYSTÈME LÉGAL DE LA DÉCHÉANCE ET LES LOIS SUBSÉQUENTES	22
V. — LA SURVIVANCE DU POUVOIR DE CONTROLE DES TRIBUNAUX.	29
CHAPITRE PREMIER	
LE CONTROLE JUDICIAIRE DANS LES CAS DE CONFLITS ENTRE PERSONNES INVESTIES DE LA PUISSANCE PATERNELLE	
Section I. — CONFLITS ENTRE LE PERE ET LA MERE..	35
A. — LE PÈRE EXERCE SES DROITS SANS ABUS.....	35
B. — LE PÈRE EXERCE SES DROITS ABUSIVEMENT.....	39
§ 1. — Actions légales données à la mère.....	39
N° 1. — <i>Divorce. Séparation de corps. Interdiction.</i>	39
N° 2. — <i>Déchéance du père. Situation de la mère..</i>	39
§ 2. — ACTION EXTRA-LÉGALE DONNÉE A LA MÈRE. - LE POUVOIR MODÉRATEUR	41

	Pages
N° 1. — L'Exercice de l'Action.....	41
a) <i>Conditions de Forme</i>	41
I. <i>Capacité d'agir</i>	42
II. <i>Procédure</i>	42
b) <i>Circonstances dans lesquelles l'Action est exercée. La Séparation de Fait</i>	43
c) <i>Conditions de Fond</i>	45
N° 2. — Etendue du Pouvoir Modérateur :	
a) <i>Droits de visite, garde, correction, consentement au mariage et à l'adoption</i> ..	52
b) <i>Le Contrôle du droit d'émancipation et ses effets</i>	56
C. — LE PÈRE EST HORS D'ÉTAT D'EXERCER TOUT OU PARTIE DE SES DROITS	62
<i>Interdiction légale. Interdiction judiciaire. Internement</i>	62
<i>Quid de la dégradation civique ? - Absence. Disparition</i>	63
Appendice. — DES MARIAGES PUTATIFS	65
1° <i>La mère seule est de bonne foi</i>	67
2° <i>Le père seul est de bonne foi</i>	68
3° <i>Les deux époux sont de bonne foi</i>	68
Section II. — CONFLITS ENTRE PARENTS ET ADOPTANTS	
A. — L'ART. 352 CODE CIV. ET LES CONTROVERSES DOCTRINALES	69
B. — LA JURISPRUDENCE	76
C. — LES RÉFORMES PROPOSÉES	78
Section III. — CONFLITS ENTRE LES PARENTS ET L'ASSISTANCE PUBLIQUE	
A. — L'ADMISSION A L'ASSISTANCE. DES DIVERSES CATÉGORIES D'ENFANTS ASSISTÉS	83
	84

	Pages
I. — <i>Enfants secourus et en dépôt</i>	84
II. — <i>Enfants en garde</i>	84
III. — <i>Enfants dits en tutelle</i>	85
B. — DÉTERMINATION DES DROITS DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE.	86
§ 1. — Les enfants protégés.....	86
§ 2. — Les Pupilles en Tutelle	88
N° 1. — <i>Enfants trouvés et abandonnés maté-</i> <i>riellement. Orphelins pauvres</i>	89
N° 2. — <i>Enfants dont les parents sont déchus</i> ..	90
N° 3. — <i>Enfants assisté en vertu du titre II de</i> <i>de la loi de 1889</i>	91
C. — FIN DE L'ASSISTANCE	93
LA REMISE DE L'ENFANT A SA FAMILLE. LA REVENDICATION	94
§ 1. — Remise par décision administrative. Voies de recours	96
Jurisprudence	99
§ 2. — Remise par décision judiciaire	102
N° 1. — <i>Situations visées par le titre I, de la</i> <i>loi de 1889. Parents déchus</i>	102
a) Cas où la déchéance est la conséquence de condamnations pénales	102
b) Cas où la déchéance n'est pas la consé- quence de condamnations pénales	103
N° 2. — <i>Situations visées par le titre II de la</i> <i>loi de 1889: Délégation de la Puissance</i> <i>Paternelle</i>	104
Appendice. — LOI DU 5 AOÛT 1916	105

CHAPITRE DEUXIEME

LE CONTROLE JUDICIAIRE DANS LES CAS DE CONFLITS ENTRE PERSONNES INVESTIES ET PERSONNES NON-INVESTIES DE LA PUISSANCE PATERNELLE

	109
<i>Section I. — LA SITUATION DES ASCENDANTS. L'ASCENDANT N'EST PAS INVESTI DE LA PUISSANCE PATERNELLE.</i>	111
DIFFÉRENTS GENRES DE CONFLITS SANCTIONNÉS...	113
A. — INTERVENTIONS DANS LA GARDE OU L'ÉDUCATION DU MINEUR	116
B. — RELATION ENTRE GRANDS-PARENTS ET PETITS-ENFANTS.	120
<i>Section II. — SITUATIONS PARTICULIERES. ROLE DU MINISTÈRE PUBLIC</i>	
A. — LES COLLATÉRAUX	129
B. — LES MAÎTRES D'ÉCOLE ET MINISTRES DU CULTÉ	130
C. — L'EMPLOYEUR. - LE TRAVAIL DU MINEUR	131
D. — LE MINEUR LUI-MÊME	133
E. — RÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC	135
LE DROIT DE CORRECTION ET L'ASSISTANCE SOCIALE ..	136

CHAPITRE TROISIEME

LE FONDEMENT JURIDIQUE DU CONTROLE JUDICIAIRE

I. — L'ABUS DES DROITS	143
II. — LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR	152
III. — LA FAUTE	157
CONCLUSION	163
BIBLIOGRAPHIE	167
TABLE DES MATIERES	173

Vu : le Doyen,
E. ALLIX.

Vu : le Président de thèse,
Georges RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.



